

شَرحِ مَکاسِب

جلد چهارم

علی محمدی خراسانی

شرح مکاسب

جلد چهارم

شرح بیع



تألیف: علی محمدی

علی محمدی خراسانی.
شرح مکاسب، علی محمدی خراسانی.- قم: الامام الحسن بن علی علیه‌السلام، ۱۳۸۸.
۹ مجلد.
۶۰۸ص. ISBN 978 - 964 - 7686 - 14 - 3 (ج. ۴)
فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه: به صورت زیرنویس
۱. انصاری، مرتضی، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. شرح مکاسب استاد محمدی خراسانی. ۲. فقه شیعه. الف. انصاری، مرتضی.، مکاسب. شرح. ب. عنوان. ج. عنوان: مکاسب.

شناسنامهٔ کتاب



☐ نام کتاب: شرح مکاسب جلد ۴
☐ علی محمدی خراسانی
☐ ناشر: الامام الحسن بن علی علیه‌السلام
☐ نوبت چاپ: دوم/ ۱۳۸۸
☐ تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه
☐ قیمت: ۶۰۰۰ تومان
☐ چاپخانه: قلم
☐ صحافی: ممتاز

مرکز پخش:
۰۲۵۱-۷۷۵۲۹۲۳

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿ زندگینامه شیخ انصاری ره ﴾

پیش گفتار:

سخن از شیخ اعظم (ره)، استاد الفقهاء والمجتهدین است.

اعجوبه ایکه حقّاً از نوادر دهر محسوب می شود.

قهرمانی که جدّاً از نوابغ میدان فقه واصول بشمار می آید.

انسان برجسته ایکه واقعاً وبدور از هرنوع توسّع درکلامی، نمونهٔ روشن ومصداق بارز ومثل اعلائی از ایمان وعلم وعمل دانسته می شود.

بزرگ مردی که دریچه های نوینی از عالم فقه واصول را به روی آیندگان تا ظهور حضرت بقیة اللّه الاعظم، برگشود.

قهرمان قصهٔ ما، الحق که آئینهٔ تمام نمای تقوی وزهد و ورع اسلامی بود.

شیخ اعظم یکی از تربیت یافتگان مکتب الهی وانسان ساز جعفربن محمد الصادق عليه‌السلام است که اسلام ومکتب جعفری به وجود چنین افسران رشیدی افتخار می کنند.

انسان کاملی که نمونهٔ کاملی از اخلاق اسلامی بود. پرچمدار بزرگی که

آیندگان را باهمهٔ عظمتها و والائیهائی که دارند حیرت زده ساخت، مشعل دار سرافرازی که بنیانگذار شیوهٔ استدلالی فقهی واصولی جدیدی گشت.

وحقیقتاً او استاد همهٔ فقهاء و مجتهدین پس از خویشتن است وهمگان درکنار سفرهٔ گستردهٔ علمی شیخ وبدو اقتداء نموده اند وهرگز فقیهی خودرا ازمراجعه به آراء شیخ اعظم مستغنی نمی بینند.

درخاتمه سخنی از مجتهد مجدّد مرحوم آیت اللّه مظفر پیرامون عظمت شخصیت شیخ می آوریم.

وی درمقدمهٔ کتاب ارزندهٔ جامع السعادات می گوید:

این افتخار مرحوم مولی احمد نراقی را بس که شیخ اعظم یکی از شاگردان او و وی استاد شیخ بوده است.

﴿والسلام علیه یوم ولد ویوم مات ویوم یبعث حیّاً﴾

با توجّه به این مقدمه کوتاه، خوانندهٔ گرامی توّجه دارد که سخن گفتن پیرامون شخصیت شیخ اعظم کاری بس دشوار است ولی با استمداد از روح بلند شیخ وبا عنایات ویژهٔ مولی امام زمان عجل اللّه تعالی فرجه الشریف کلیاتی را دراین رابطه تقدیم می دارم امیدآنکه تذکاری باشد برای طلاب محترم علوم دینیه ودانشجویان محترم دانشگاهها.

قبلاً از انتقادات وپیشنهادات سازنده شما متشکرم.

مجموعهٔ زندگینامهٔ شیخ اعظم را در ده بخش قرار می دهیم :

۱ـ حسب ونسب وتاریخ ولادت شیخ اعظم .
۲ـ۳ـ نشو و نمای علمی شیخ اعظم دردوبخش دورهٔ مقدمات وسطح ودوران تحقیق ودرس خارج .
۴ـ زعامت ومرجعیّت دینی وعلمی شیخ اعظم .
۵ـ پاره ای از اخلاقیات وملکات فاضلهٔ شیخ اعظم .
۶ـ شاگردان نام آور مکتب شیخ اعظم .
۷ـ روش علمی شیخ اعظم درفقه واصول .
۸ ـ آثار علمی شیخ اعظم .
۹ـ صاحبان شرح وحاشیه بر رسائل ومکاسب شیخ اعظم .
۱۰ـ وفات شیخ اعظم انصاری ره .

۱ـ بخش اوّل : حسب ونسب وولادت شیخ

زمان ولادت :

شخصیت مورد بحث ما درروز هیجدهم ماه ذی الحجة الحرام سال ۱۲۱۴

هجری قمری دیده به جهان گشوده، وه چه مصادفتی جالب!! عجب روزی!

روز اکمال دین ﴿**الیوم اکملت لکم دینکم**﴾.

روز اتمام نعمت ﴿**واتممت علیکم نعمتی**﴾ روزیکه ذات حق اسلام رابعنوان یک دین پسندید ﴿**ورضیت لکم الاسلام دینا**﴾

روز ولایت مولی علی علیه السلام که به فرمودهٔ رسول خدا: من کنت مولاه فهذا علی مولاه.

روز یأس ونومیدی دشمنان اسلام وفرصت طلبان خیانت پیشه ﴿**الیوم یئس الذین کفروا من دینکم فلا تخشوهم واخشون**﴾.

روز ابلاغ خطیرترین رسالت پیامبردر طول ۲۳ سال ﴿**یا ایها الرّسُول بَلّغ ما انزل الیك من ربّك فان لم تفعل فما بَلّغت رسالته ...**﴾

آری چنین روز مبارك وبا میمَنتی حسنهٔ بزرگ قرن یعنی شیخ اعظم ره از مادرمتولد می شود.

مکان ولادت:

شیخ اعظم (ره)، درشهر شهیدان یعنی دزفول قهرمان، قدم به جهان می گذارد وچهرهٔ درخشان این بلده طیبه رادرخشانتر می کند وسند پرافتخاردیگری بر ورقهای زرّین تاریخ این شهرمقدس می افزاید.

دزفول درطول تاریخ مهد پرورش انسانهای بزرگ ووارسته بوده، عالمان بنامی را به جهان علم ودانش هدیه نموده است، عارفان واصلی از این دیار برخاسته وبه ابدیّت پیوسته اند.

فقیهان گرانمایه ای را به اسلام ومکتب پرافتخار جعفری تقدیم نموده است که دررأس آنها ودراوج قلّه فقاهت وخورشید آسمان اجتهاد وجهاد علمی و قهرمان سخن ما یعنی شیخ الفقهاء جناب انصاری ره است.

آری زادگاه شیخ اعظم مهد دلیران گلگون کفن وشهیدان دور از وطن است؛ چهرهٔ آرام ولی مصمم واستوار چون کوه مردان وزنان این خطّه پس از پیروزی عظیم انقلاب شکوهمند اسلامی ودرطول هشت سال دفاع مقدّس درخششی جاودانه پیدا کرد جزاهم اللّه عن الاسلام خیر الجزاء (آمین)

نام این شخصیّت: پدر بزرگوار ودانشمند شیخ، اسم بامسمای مرتضی را برای فرزند خردسالش که بعدها به عظمت یک تاریخ درخشیدن آغاز کرد انتخاب می کند.

او به حق مرتضی یعنی مرضی خدا ورسول ﷺ وائمه دین علیهم السلام وخلق خدا بود.

مرتضی همانگونه که درجنبه های علمی حجتی بزرگ برعالمان دین است همچنین درجنبه های علمی حجتی است برهمگان.

ای کاش تاریخ بشریت لااقل درهرقرنی مرتضائی را به جهان دانش تقدیم می کرد، روح بلندش شادمان ونام نامی اش جاودانه وگرامی باد.

تغمده اللّه فی غفرانه وادخله بحبوحة جنانه «آمین»

لقب این شخصیت: لقب شیخ اعظم، انصاری است زیرا که نسب شریف وی وخاندان گرامی اش به صحابی بزرگ ورسول خدا وحامی بزرگ ولایت حقهٔ علویه یعنی جناب جابربن عبداللّه بن عمرو خزرجی انصاری منتهی می شود. به همین مناسبت قدری تاریخ را ورق زده وبه صدر اسلام باز می گردیم ومختصری با شخصیت جابر آشنا می شویم:

جابربن عبداللّه انصاری:

جابر از قبیله بزرگ خزرج است، که یکی از دوقبیله بزرگ مدینه محسوب می گردد وبا هجرت نبی مکرم اسلام به مدینه، دوقبیله اَوس وخزرج به اسلام

گرویده وبه نام انصار رسول خدا ﷺ درکنار مهاجرین ودست دردست یکدیگر به یاری رسول خدا ﷺ ودفاع از مکتب او برمی خیزند.

جابر یکی از همین انصار ویاوران بزرگ رسول خدا است وافتخارات زیادی دراسلام نصیب این صحابی بزرگ می گردد که فهرست وار به گوشه ای از آنها اشاره می کنم:

۱ـ جابر از جمله کسانی است که زودترازدیگران دین مبین اسلام را برگزید وبه اتفاق شیعه وسنی تقدم درایمان وسبقت درقبول اسلام یک امتیاز است [السابقون السابقون اولئک المقربون].

۲ـ جابر به عقیده بیشتر محققّین، درجنگ بدرکه نخستین جنگ رسمی مسلمین با مشرکین بود ـ آن هم جنگی نابرابر ـ در رکاب رسول خدا ودرکنار سایر مسلمانها با کفار جنگید که این نیز درجنگ بدربلکه به فرمودهٔ شیخ طوسی رضوان اللّه علیه دررجالش: جابر دردوازده غزوهٔ دیگر هم شرکت داشته است.

۳ـ جابر هفت معصوم از چهارده معصوم علیهم السلام درك کرده است.

رسول معظم اسلام ﷺ.

صدّیقه طاهره دخت گرامی رسول خدا که به فرموده مرحوم محدث قمی اعلی الله مقامه درمنتهی الآمال ص ۱۱۹:

«جابر آن لوح آسمانی را که دراو است نص خدا برائمّه هدی علیهم السلام درنزد فاطمهٔ زهرا صلوات اللّه علیها زیارت کرده واز آن نسخه برداشته» وامیرالمؤمنین علیه السلام وامام مجتبی علیه السلام وسیدالشهدا علیه السلام وامام سجاد علیه السلام وامام باقر علیه السلام واین خود افتخار بزرگی است برای این صحابه بلند پایه.

مرحوم شیخ طوسی دررجال، جناب جابر را هم دراصحاب رسول ﷺ وهم دراصحاب وصی وهم امام حسن وامام حسین وامام سجاد وامام باقر

ذکر فرموده است.

دراینجا مناسب است حدیثی را که مرحوم سیدمحسن جبل عاملی صاحب اعیان الشیعه از قول استاد البشر، خواجه نصیرالدین طوسی نقل نموده برای تیمن وتبرك ذکر کنم:

جابر دراوج ضعف وکهنسالی بسر می برد وروزهای واپسین عمر خویش را درمدینه سپری می کند.

دراین ایام روزی امام باقر علیه السلام همراه پدربزرگوارش امام سجاد علیه السلام برای عیادت از جابر به منزل وی تشریف فرما می شوند.

حضرت باقر علیه السلام می فرماید: یا جابر چگونه هستی؟

جابر عرض می کند: به درجه ای رسیده ام که پیری وفرتوتی را بر جوانی وصلابت ترجیح می دهم، مریضی نزد من را از سلامتی شیرین تر است، مرگ را برزندگی ترجیح می دهم، فقر را بردارائی انتخاب می کنم، حضرت باقر علیه السلام می فرماید: امّا من چنین نیستم بلکه هرحالی را که خدایم برایم همان را می پسندم وبه همان خشنودم، اگر جوانی را برایم بپسندد جوانی نزدمن محبوب است، واگر کهنسالی را، همان واگر مرض را، مرض واگر عافیت را، عافیت واگر حیات را، حیات واگر مرگ را، مرگ نزد من شیرین تر خواهد بود.

یکی درد ویکی درمان پسندد　　　یکی وصل ویکی هجران

من از درمان ودرد ووصل وهجران　　　پسندم آنچه را جانان پسندد

باری خبرغیبی رسول خدا صلی الله علیه و آله محقق می شودکه فرمود: واو است شکافندهٔ علوم ودانشها هنگامی که اورا ملاقات نمودی سلام مرا به او برسان.

جابر با شنیدن سخنان امام باقر دست حضرت را گرفته وپیشانی مبارکش را بوسه زد وسلام رسول خدا صلی الله علیه و آله را به حضرتش ابلاغ نمود واز حضرت تقاضای شفاعت کردکه این خواسته پذیرفته شد زیرا که جابر قابل شفاعت بود.

۴ـ جابر از جمله معدود افرادی بود که پس از وفات پیامبر با علی بی ابیطالب دست بیعت داده وتا آخر بر سراین پیمان ایستاد. وی علناً بر سرهرکوی وبرزن از ولایت مولایش علی ﷺ دفاع نموده واعلان می کرد. علیّ خیر البشرومن ابی فقد کفر وی فرمود: معاشرالنّاس ادّبوا اولادکم علی حبّ علی بن ابیطالب ...

وی از جمله کسانی بودکه پیوسته برای حقّانیت مولی علی محاجّه می کرد.

۵ـ جابرازبزرگان علم وتفسیر قرآن بوده که این خودافتخار بزرگی است.

۶ـ درجنگ خندق که مسلمین درمحاصرهٔ شدید اقتصادی ونظامی بودند، همین جابر می گوید: ما ازمال دنیا تنها یک من نان جو ویک رأس بزغاله داشتیم که آن را ذبح کرده ورسول خدا ﷺ را به طعام دعوت کردیم.

آن حضرت فرمود: من با اصحابم بیائیم؟ عرض کردم: آری یا رسول اللّه ﷺ سپس با عجله به منزل آمده، به همسرم خبردادم.

زن پرسید آیا توخودگفتی که اصحاب هم بیایند؟

گفتم: خیر خودحضرت فرمود با اصحابم بیائیم ومن گفتم آری.

زن گفت: حال که خودش فرموده او بهتر می داند، آنگاه پیامبرواصحاب آمدند. حضرت فرمود: طعام چه دارید؟ عرض کردم. بزغاله ای بریان شده وصاعی نان جو داریم.

فرمود: اصحاب را ده نفر ده نفر بنشانید، چنان کردم وهمه ازآن طعام خورده وسیرگشتند، این هم سند افتخار دیگری برای جابر است.

۷ـ جابر اولین کسی بود که دراولین اربعین حسینی ﷺ از مدینه به قصد زیارت مولایش امام حسین ﷺ به کربلا آمده که داستان آن درمقاتل معروف است.

۸ ـ جابر درجنگ صفین درركاب مولی علی ﷺ جنگیده وافتخار حضور در این رزم را داشته است

افتخارات دیگری که درکتب رجال از جمله رجال مرحوم مامقانی یعنی تنقیح المقال جلد اول حرف جیم دربررسی احوالات جابربن عبدالله انصاری آورده اند که فعلاً جای ذکر ندارد.

باری این شخصیت بزرگ درمدینه منوّره درسال ۷۳ هجری قمری در حالیکه نابینا شده بود ومتجاوز ازنودسال عمرداشت دارفانی را وداع گفت وبه جوار رحمت حق شتافت.

گویند جابرآخرین فرد ازصحابه رسول خدا بود که از دار دنیا رحلت نمود رحمة الله علیه.

پدر جابر: پدرش عبدالله انصاری است که از نقباء رسول خدا واز حاضرین درغزوهٔ بدر واُحد بود ودرجنگ احد شربت شهادت نوشید واو را با شوهر خواهرش، عمروبن جموح دریک قبردفن کردن که داستان این زن قهرمان هم درکتب تواریخ مسطور است.

والد شیخ اعظم: پدر بزرگوار شیخ انصاری ره مرحوم شیخ محمد امین انصاری است که از دانشمندان جلیل القدر وعظیم المنزلة بوده ویکی ازمروجین نامی شریعت مصطفوی بوده است ودرسال ۱۲۴۸ یعنی در زمانیکه شیخ اعظم سی وچهار بهار از عمر با برکتش را پشت سرگذاشته بوده به مرض طاعون ازدار دنیا رفت واقشار مختلف مردم منطقه دزفول در تشییع جنازه این عالم ربّانی شرکت نموده وجنازه اش را درمکانی به نام کاشفیه به خاك سپردند. رضوان الله علیه.

والدهٔ شیخ اعظم: مادر فاضله وعالمه ومتقیه وعابدهٔ شیخ اعظم، دختر علاّمهٔ جلیل القدر مرحوم شیخ یعقوب انصاری بوده است.

این بانوی بزرگوار برجمع عبادات واجبه ومستحبه مواظبت می نمود وبه نافلهٔ شب انس وعلاقه وافری نشان می داد تا آنجا که حتی یک رکعت از نماز شبش تا

اواخر عمر ترك نشد.

در اینجا به ذکر دو قضیه از احوالات این بانوی گرامی بسنده می کنم:

۱ـ منقول است که این خانم بزرگوار در تمام دورانیکه فرزند برومند خویش مرتضی را شیر می داد هماره با وضو بود و هیچگاه بدون طهارت پستان در دهان اعجوبهٔ دهر نگذاشت.

۲ـ شیخ اعظم، برادری به نام شیخ منصور داشته که از فضلا و دانشمندان بوده است..

شیخ اعظم در دوران زعامت و مرجعیت عامه جهان تشیع بسر می برد و برادرش دارای فرزندان و عائله بسیار بود و در نهایت درجه فقر بسر می برد.

مادر مهربان دلش بحال فرزند می سوزد و روزی از سر صدق و صفا و مهر و وفا به شیخ اعظم چنین می فرماید: فرزندم تو خود نیک وضع برادرت را می دانی و از فقر و تنگدستی او با خبری پس بجا است که مقداری بر مستمری ایشان بیفزایی، تا کمی وضع معیشتی او بهتر شود.

شیخ اعظم که در سایر مواقع بسان عبد ذلیل در برابر مادر خاضع و خاشع است، به اینجا که می رسد همانند مولایش علی ﷺ ذرّه‌ای نرمش نشان نمی دهد و همان گونه که علی ﷺ شهید راه عدالت و فدائی ارزشهای متعالی انسانی اسلامی در برابر برادر نابینایش عقیل که فرزندان خوردسال و رنگ پریده و چشمهای گودی افتاده وپژمرده خویش را به رسم شفاعت آورده تا قدری مستمری او از بیت المال بیشتر شود.

امّا امام علی ﷺ آهن تفتیده را به او نزدیک می کند که در نهج البلاغه حکایت آن از زبان خود مولی نقل شده است:

همچنین شیخ اعظم این جانشین بحق امامان هم که قدم به قدم سیرهٔ مولایش علی ﷺ را تعقیب و پیاده می کند بایکدنیا صلابت که خاصّ مؤمنین باللّه واولیاء

الهی است، کلیدهای حجره را بگشائید و هر اندازه که می خواهید اخذ کنید و به فرزند فقیرتان بدهید ولی با این شرط که من مسئولیتی نداشته باشم و خودتان تبعات و عقبات آن را متحمل شوید!!

سپس با لحن ملایم عرض می کند: در این اموالی که در اختیار من است حقوق فقرا و مستمندان می باشد که وظیفه دارم بطور مساوی آنها را میان ذوی الحقوق تقسیم کنم و نزد من همگان بمانند دندانه های شانه یکسانند و احدی بر دیگران امتیاز ندارد [آری اینجا جای مساوات اسلامی است].

ای مادر اگر برای قیامت جوابی آماده کرده اید پس هر چه دوست دارید از این اموال بردارید ولی بدانید که پشت سر شما محاسبه ای دقیق در کار است، آنجا چه خواهید کرد؟!

مادر مؤمنه و متقیه از شنیدن این کلمات با صلابت، بندبند استخوانهایش لرزید و دانست که روز سختی در پیش است و محاسبه ای دقیق در انتظار او است لذا کلیدهای حجره پول را به شیخ برگرداند.

واز این عمل عجولانه که از عاطفه و احساس مادری سرچشمه می گرفت و نه از فکر و تأمل، به خداوند پناه برده، توبه نمود و هرگز از فرزندش دلگیر نشده بلکه به اشتباه خویش پی برده بوده.

آری چنین انسانهای وارسته ای لیاقت زعامت و مرجعیت شیعه را در دوران غیبت دارند که به تمام معنی کلمه مطیع امر مولی و مخالف هواهای نفسانیه هستند و هرگز در رعایت مساوات کوتاهی نمی کنند نه کسانیکه مطیع هوای نفس و مخالف امر مولی هستند و خدای ناکرده حقوق مالی را به اهل آن نمی رسانند بلکه میان حاشیه نشین ها و متعلقین توزیع می کنند.

جد مادری شیخ اعظم: نام جد مادری شیخ اعظم مرحوم شیخ یعقوب انصاری ره است، وی از دانشمندان نامی ودارای رتبه ای سامی ودرجه ای عالی

بوده کـه در حقّ او گـفـتـه شـده : او عندلیب سـخن وبلبل بـاغ فـصـاحت وبلاغت وخلاصه خطابه بوده است . رحمة اللّه علیه

باری شـیخ اعظم درخـاندان بزرگ علم وفـقـاهت وتـقـوی وفـضیلت قـدم به عرصهٔ وجـود نهادواز همان آغاز دوران طفـولیت با آیات قرآن وکلمات معصومین وفقه آل مـحمـد عليهم‌السلام انس والفت گـرفت وبراهل تحقیق پوشیده نـیست کـه چنین فـضـای معنوی وروحـانی چه تأثیـرات بسزائی در عـمـق روح وجـان شـیخ برجـای گذارد که تاپایان هم برکات این تأثیرات درزندگی شیخ محسوس بود .

آری خوانندهٔ گـرامی وقتی که دست تقـدیر الهی یارکسی می شود وچنین مـقدر می گردد که دین خدا بدست وی یاری واحیا شود وسـرزمین جان تفییدهٔ حق طلبان ازآب خروشان چشمه های جوشان اندیشهٔ وی سیراب شود همهٔ زمینه ها را برای رشدوتعالی این انسان فراهم می سازد .

آن از پدرگـرانقـدر شیخ ، واین ازمـادر پاکـدامن شیخ وآن از عـمـوی بزرگـوار شیخ وآنهم از جدّ گرامی شیخ .

البته مـا معتقـدیم که این عـوامل متـعدد جزء معـدّاتند وآنچه مـؤثر اصلی است توفیـقات الهی وارادهٔ الهی وارادهٔ آهنین وهـمت بلند ومردانه وتلاش شـبانه روزی خود شـیخ اعظم است ، ولی به هرحال تأثیرات تربیت صـحیح ومحیط با معنویت وپراز ایمان ، درپیشرفت شخصیت مورد نظر ما قابل انکار نیست .

۲و۳ ـ نشو و نمای علمی شیخ اعظم

مـجمـوعـهٔ زندگـانی علمی مـرحوم شـیخ را به دو بخش اصلی می توان تـقسیم کرد :

۱ـ دوران تلمّذ شـیخ انصاری درمـحضـر اساتیـد بزرگ علوم اسلامی یا مـرحلهٔ

استفاده وپخته شدن .

۲ـ دوران جلوس شیخ اعظم برکرسی درس وبحث وافاده کردن وهمچون سوختن وآب شدن وپرورش چهره های درخشان وجاودانه علمی وتقدیم آثار علمی به جهان اسلام که به قول شاعر :

حاصل عمرم سه سخن بیش نیست　　　خام بُدم پُخته شدم سوختم

ما دراین مقاله بخش دوّم را جداگانه درقسمت چهارم خواهیم آورد وفعلاً درقسمت اوّل بحث می کنیم. دوران استفاده های علمی شیخ ره نیز به نوبت خود به دومرحلهٔ اساسی تقسیم می شود :

الف ـ مرحله فراگیری قرآن وکتابت وعلوم مقدماتی وادبیات و ...

ب ـ مرحلهٔ درس خارج وطی عالیترین مراحل اجتهاد وتکامل علمی قرآن ازحفّاظ معروف قرآن دیارخویش .

چه زیباست که نخستین گام اودر مسیر رشدوترقی تا به اوج قله فقاهت آشنائی باقرآن است ، قرآنی که ملجأ وملاذ همهٔ مسلمانان عالم به هنگامهٔ خطرجهل وظلمت است که : اذا التبست علیکم الفتن کقطع اللیل المظلم فعلیکم بالقرآن .

چه بجا است که خانواده های محترم مسلمان در اولین قدم وقبل از هر آموزشی ، فرزندان عزیز ودلبند خویش را با این کتاب هدایت وسعادت انسانها آشنا سازند تا طنین ندای ملکوتی قرآن سراسر وجود وهستی آنها را مالامال از ایمان سازد وجائی برای نفوذ اغیار وشیاطین درنهاد غنچهٔ باغ زندگیشان نباشد .

عروس مکتب قرآن نقاب آنگه براندازد　　　که دارالمک ایمان را منزه از دغا بیند

باری شیخ انصاری ره بدنبال فراگیری قرآن ، فنون خط وتجوید و ریاضیات رااز اساتید ماهرآن عصر وآن منطقه فرا می گیرد وسهم وافری را از این فنون

نصیب خود می گرداند.

آنگاه همت والای خویش را درمسیر فراگیری ادبیات عرب یعنی صرف، نحو، لغت، معانی، بیان، بدیع وعروض مصروف می دارد وهمزمان از علوم عقلیه ازقبیل منطق وکلام نیز استفاده های فراوان می برد تا به درجه ای می رسد که خود قدرت استنباط واستخراج مطالب علمی راپیدا می کند وازدیگران مستغنی می شود ودواثر گرانبهای شیخ یعنی کتابین شریفین رسائل ومکاسب گویاترین شاهد براحاطهٔ شیخ هم درعلوم نقلی وهم عقلی است.

شیخ ما از همان آغاز راه، نیک می داند که نباید شتاب کرد بلکه درهرفنی وعلمی باید بدقت کار کرد وبه مسائل آن احاطه پیدا کرد چرا که تمامی اینها از علوم پایه ومقدمات اجتهاد هستند.

سپس شیخ اعظم وارد دریای بی ساحل فقه واصول می شود ودرمدتی کوتاه به درجات عالیه ای از فقه واصول نائل می گردد وبه سرحدّ اجتهاد می رسد و این مدت تا سن هفده سالگی طول می کشد و این مرحله از زندگی درخشان شیخ زیر نظر عموی گرامی و استاد ارجمندش مرحوم آیة اللّه شیخ حسین انصاری سپری می شود.

ولکن سیمرغ بلند پرواز فکر و همت جانانهٔ مرد مردان و قهرمان قهرمانان و اعلم العلماء در فقه و اصول، به این مقدار بسنده نکرده بلکه در صدد دست یافتن به بلندترین قلّه علمی یعنی عالیترین مرحله از اجتهاد است.

بر این اساس تصمیم به هجرت می گیرد و زندگی در غربت را برای تحصیل کمال بر زندگی در عشرت ترجیح می دهد وبه دیار عاشقان و شهیدان یعنی کربلای معلا و نجف اشرف سفر می کند.

و از اینجا مرحله دوّم شروع می شود: شیخ اعظم، به تدریج به تمام مراکز علمی عصر خویش سفر می کند واز هر خرمن دانشی که می یابد خوشه های

بسیاری مـی چیند و هر چه بیشتر بر سرمایهٔ علمی خویش می افزاید. اینک سفرها و به تعبیر زیباتر هجرتهـای علمی شیخ شروع می شود و مـجموعهٔ این هجـرتها را در دو بخش می توان خلاصه کرد.

بخش اوّل مهاجرتهای شیخ اعظم به خارج از ایران

بخش دوّم هجرتهای شیخ به مراکز علمی عصر خود در داخل کشور.

هجرت بسوی عراق

شـیخ اعظم، در خـدمـت پدر بزرگـوارش در سـال ۱۲۳۲ هجری قـمری در حـالی که تنـها هجـده بهـار از عمـر شـریف او سپـری شـده، به قصـد زیارت عـتبـات عالیات و قـبور شریف امامان معـصوم به کشور عراق سفر می کنند و در اولین قدم وارد شـهر مـقدس کـربلای آن روز به برکت وجـود مبارك استـاد اکـبر مرحوم آقـا وحیـد بهـبهـانی یکی از مشـهورترین شـهرهای علمی شیعـه بحسـاب می رفت و از حوزهٔ علـمیه گرم و پر شـوری بر خوردار بود و شـخصیتهـای ارزنده ای را در خود جای داده بود که از آن جمله اند چهره های درخشان ذیل:

۱ـ حضرت استاد اکبرآقا وحیـد بهبهانی شخـصیتی که با مبـارزات پیگیر، مرام اخباری گری را از رواج انداخت.

۲ـ مرحوم شیخ یوسف بحرانی صاحب کتاب «ارزشمند الحدائق الناضرة» که یکی از اخباریون مشهور بود.

۳ـ مـرحـوم آیت اللّه سیـد علی طبـاطبـائی صـاحـب کـتـاب ارزشـمند ریاض المسائل، فقیه نامی.

۴ـ مـرحوم آیت اللّه سید مـحـمـد مـجاهد صاحب کتاب گـرانسنگ متـاهل، اصولی وفقیه نامی.

۵ـ شریف العلماء مازندارنی که ازاساتید معظم جناب شیخ اعظم بوده، حال ازطرفی درآن عصرزعیم حوزهٔ علمیه کربلا مرحوم آیت اللّه سید مجاهد بود وازطرفی عموی گرامی شیخ سفارش کرده بود که حتماً به زیارت سید بروید این دوعامل سبب شد که شیخ اعظم درخدمت پدر بزرگوارش به قصد زیارت سیّد حرکت کنند.

نخستین دیدار با سیّد درمجلس درس این فقیه نام آور برگزارمی شود، درسی پررونق، افاضل از محضر سیّد استفاده می برند وسیّد مشغول افاده است. شیخ اعظم وپدر وارد می شوند.

مرحوم سیّد، والد گرامی شیخ را احترام بسیار کرده واورا درصدر مجلس نزدیک خویش جای می دهد.

شیخ اعظم به مقتضای ادب وبرحسب سن شریفش که ۱۸ سال بیشتر ندارد در اواخر مجلس درس با کمال ادب می نشیند.

سیّد مجاهد نخست به دومیهمان عزیز وتازه وارد خوش آمد می گوید سپس وارد بحث می شود. آن روز بحث سیّد پیرامون نماز جمعه دردوران غیبت کبری است [یکی از مسائل قابل توجه وپیچیده همین مسئله است وبطور کلّی درباره آن چهار نظریه متفاوت ابراز شده.

۱ـ گروهی از فقهاء نماز جمعه را درعصر غیبت حرام می دانند.

۲ـ وگروهی آن را مستحب می شمارند.

۳ـ وگروه سوّم آن را واجب تخییری می دانند که رأی مشهور همین است.

۴ـ وگروهی طرفدار وجوب عینی تعیینی جمعه هستند] که آیا اصولاً نمازجمعه درعصر غیبت حرام است آیا جایز؟ برفرض جواز آیا مستحب است یا واجب؟ برفرض وجوب ایا تخییری است یا تعیینی؟

سخن دردوجبههٔ نفی واثبات پیرامون این مسئله به درازا می کشد واز

هرسمتی سیل اشکالات بسوی استاد روانه می شود.

بالاخره سیّد مجاهد ره نظریهٔ نهایی خویش را مبنی برحرمت نماز جمعه درعصر غیبت ابراز می دارد.

دراین هنگام قهرمان داستان ما که تا این لحظه درسکوتی عمیق بسر می برد وسرتا پا گوش است ناگهان سکوت مجلس را درهم می شکند وباصلابت هرچه تمامتر وبا کمال ادب و احترام می گوید:

استاد نمازجمعه درعصر غیبت واجب است نه حرام، سپس وارد ادّله می شود وآنقدر دلیل واستدلال بروجوب می آورد که همهٔ حضار اعم از استاد وشاگردان مات ومبهوت می شوند وهمگان شگفت زده این جوان اندیشمند را می نگرند.

به قدری شیخ اعظم عالی ومستدل ومتقن سخن می گوید که سیّد مجاهد را بعداز آن همه تحقیقات وفتوای به حرمت، متقاعد می سازد ووی را متمایل به سمت وجوب می کند.

سپس شیخ اعظم دراوج تعجّب حاضران با بیانی محکم تر شروع می کند به ابطال ادّله وجوب جمعه وبا دلائلی قوی تر حرمت نماز جمعه در عصرغیبت را ثابت می کنند.

دراینجا است که مجلس متشنّج می شود وهمگان انگشت حیرت به دندان می گیرند. شگفتا! این جوان ۱۸ ساله کیست که این گونه درمحضر فقها ومجتهدین سخن می گوید وتاخت وتاز علمی از خودنشان می دهد. این سوارکار جوان وماهر از کدام خطّه آمده که این گونه براسب مراد سوار وبه هرسوی می تازد وازخود درهر وادی احاطهٔ کامل نشان می دهد؟

سید می پرسد: این جوان کیست؟ پدرشیخ بالحنی آرام وتبسّمی برلب درجواب می گوید: او فرزندم مرتضی است.

سید مجاهد همچون پدری رؤف ومهربان به شیخ محمد امین از داشتن چنین فرزندی تبریک می گوید وبافراست هرچه تمام تر نبوغ عظیم را درچهرهٔ کشیدهٔ شیخ می خواند.

لذا به پدر شیخ می فرماید: شما پس از انجام اعمال زیارتی به وطن خود باز می گردید وفرزندتان همین جا می ماند تا دروس خویش را به نهایت برساند ومن امیدوارم که او به عالی ترین مدارج علمی نائل شود.

پدرشیخ این تقاضا را می پذیرد وخودتنها به ایران بر می گردد و مرتضی را به صاحب ولایت مطلقه علی مرتضی عليه‌السلام می سپارد.

شیخ اعظم در کربلا: شیخ اعظم چهار سال تمام شبانه روز از خرمن دانش دو چهرهٔ درخشان حوزهٔ علمیه کربلا و دو زعیم عالی مقام یعنی مرحوم سید مجاهد و مرحوم شریف العلماء مازندرانی خوشه ها بر می گیرد و در تمام این مدت بسان سایه ملازم رکاب این دو عالم عامل می شود تا آنکه گوی سبقت را از همگنان می رباید.

ولی متأسفانه در این وقت که همزمان با حکومت داود پاشا است در کربلا فتنه ها و آشوبهائی بوجود می آید که شرح آن از حوصله این مقاله خارج است.

این آشوبها سبب می شود که فضلا و دانشمندان و جمع کثیری از اهالی کربلا مجبور به هجرت به کاظمین می شوند و شیخ اعظم از آن جمله است و هنوز مدت زیادی در آنجا اقامت ننموده بود که گروهی از شیعیان و محبین خاندان عصمت و طهارت از منطقهٔ دزفول به قصد زیارت وارد عراق شده و برای زیارت به کاظمین می روند و در آنجا به خدمت شیخ اعظم رسیده. و از وی تقاضای بازگشت به وطن می کنند.

شیخ هم دعوت آنان را اجابت کرده همراه کاروان زیارت به وطن باز می گردد وباردیگر چشمان والدین چشم انتظار به دیدار این سیمای ملکوتی

روشن می گردد.

شیخ در دزفول: پس از مراجعت به وطن جناب شیخ اعظم دو سال تمام در مسقط الرأس خویش دزفول اقامت می کند و در تمام این مدت مشغول به اداء رسالت عظیمی است که بر عهدهٔ او گذاشته شده و مشغول تدریس می شود و گروهی مشتاق از فیض وجودش بهره می گیرند.

شیخ در کربلا: شیخ اعظم پس از اینکه دو سال تمام در وطن به تدریس پرداخته. مجدداً برای کسب کمالات بیشتر به سمت کربلای معلاً هجرت می کند تا هر چه بیشتر از محضر استاد معظم مرحوم شریف العلماء بهره بگیرد با زحمت فراوان خود را به کربلا می رساند.

در آغاز ورود، به حرم سید الشهداء این کعبه آمال میلیونها شیعه در سراسر عالم مشرف می شود و پس از زیارت و عرض ادب و تقاضای کمک از مقام مقدس ولایت در مجلس درس استاد شریف العلماء حضور بهم رسانیده و بسان سایه ملازم صاحب سایه یعنی شریف العلماء می شود ویکسال دیگر با کمال جدیت از این محضر پر فیض استفاده می کند.

شیخ اعظم در نجف اشرف: پس از اینکه یکسال در کربلا می ماند به قصد زیارت مرقد مطهر مولایش علی بن ابیطالب علیه السلام وارد نجف اشرف می شود و پس از زیارت مقام ولایت کلیه الهیه، در محضر درس علامّه بزرگ مرحوم شیخ موسی کاشف الغطاء حضور پیدا می کند.

به عقیدهٔ شیخ اعظم، کاشف الغطاء دریائی متلاطم بوده و درهای گرانبهائی را در خویش جای داده است. محقّقی سترگ و انسانی آشنا به مبانی فقه و آگاه به قوانین آن است. لذا تصمیم می گیرد در نجف اشرف بماند و یکسال تمام در محضر این استاد گرانمایه زانوی ادب برزمین زده و بهره می برد و پس از یکسال مجدداً تصمیم می گیرد به مسقط الرآس خود دزفول برگردد.

سفرهای علمی شیخ در داخل کشور

با اینکه شیخ اعظم اینک مجتهد مسلم است وفرزانگان بسیاری مشتاق دیدار جمال او وبهره بردن از خرمن دانش اوهستند ولی شیخ همچنان دنبال گمشده خویش است وبه آنچه ازدو حوزه بزرگ کربلا و نجف آموخته بسنده نمی کند بلکه درداخل کشورهم عزم سفر می کند تا با حوزه های علمیه پررونق آن عصر شیعه درایران یکی پس از دیگری از نزدیک آشنا شود.

دراین امر هیچ چیز مانع سیر علمی شیخ نیست مگر رضایت مادر، مادری که شش سال تمام دوری وفراق فرزند را تحمّل کرده ودیگرنمی تواند فراق فرزند را ببیند وشیخ اعظم هم برای مادر احترام فراوانی قائل است وهرگز راضی نمی شود که کم ترین رنجش خاطری برای مادر گرامی اش پیش آید [چرا که شیخ به خاطر همین خصلتهای متعالیه به آن درجات رسیده است].

لذا شیخ اعظم دراین اندیشه است که چگونه مادر را قانع سازد تا اجازه هجرتی دیگر درراستای هجرتهای سابق وبرای تحقّق بخشیدن به آرمانهای بلند خویش را از مادر دریافت کند، دریک فرصت مناسب مادر را از قصد خویش آگاه می کند واعلام می دارد که قصد زیارت ثامن الحجج علی بن موسی الرضا علیه‌السلام را دارد.

مادرهنگامی که ازتصمیم فرزند خبردار می شود می گوید: پسرم تحمّل دوری تو برمن گران است لذا راضی نیستم به این سفربروی ولی شیخ از هدف عالی خویش دست بردار نیست بلکه به انواع وسائل ممکن متوسل می شود تا رضایت مادر را جلب کند، ولی هربار که شیخ مطلب را طرح می کند مادرناخشنودی خودرا اعلام می دارد.

این اصرارها ازشیخ وامتناعها از مادر، روزها وهفته ها طول می کشد تا بالاخره طرفین موافقت می کنند که امر سفرموکول به استخاره شود.

شیخ اعظم با دلگرمی تمام قرآن کریم را به دست گرفته می بوسد وآنچه رادرنظردارد نیت می کند، سپس دعاهای وارده قبل از استخاره را می خواند آنگاه قرآن را می گشاید، ناگهان با یک دنیا تعجّب بربالای صفحهٔ سمت راست این آیه نگاشته شده:

﴿ولاتخافی ولاتحزنی انا رادوه الیك وجاعلوه من المرسلین﴾ قصص/ ۷.

آیه شریفه حکایت موسی بن عمران ومادرش یوکابد است مادر از لحظهٔ ولادت موسی از شرمأمورین فرعون به خود می لرزد چرا که آنان خانه به خانه بدنبال نوزادی هستند که منجّمین دربار تولد اورا درآینده نزدیک پیش بینی کرده اند وبه فرعون وقت مصر، هشدار داده اند.

امّا از جهان غیب به قلب این مادر مهربان الهام می شودکه موسی را به رود نیل بیفکن وهیچ گونه وحشتی نداشته باش، فراق فرزند تو را محزون نسازد که ما به زودی زود اورا به تو باز خواهیم گرداند واز پیامبران مرسل قرارش خواهیم داد، قلب مادر موسی آرام می گیرد ...

شیخ اعظم از اینکه استخاره بسیارعالی درآمده بی نهایت مسرور می گردد وآیه شریفه را برای مادر تفسیر می کند.

اینجا است که قلب مادر آرام می گیرد، چرا که آیه خبراز یک آینده ای درخشان به درخشش آفتاب عالمتاب برای فرزندش می دهد وچنین هم می شود که درآینده زعامت علمی ودینی حوزه های علمیه وجهان تشیع بردوش این شخصیت عظیم گذارده می شود که تا به امروز طراوت وعمق آراء وی درحوزه های علمیه بی نظیر است.

آری مادر، اذن سفر می دهد، شیخ مهیای سفراست ولی به فکرش خطور

کرد که برادرش جناب شیخ منصور را نیز به همراه خویش ببرد.

براین اساس به برادر پیشنهاد سفر کرد وبرادربا کمال شوروشعف ازاین پیشنهاد استقبال نموده واعلام آمادگی کرد.

باردیگر شیخ اعظم تفأل به قرآن می زند واین آیه شریفه جواب او است: ﴿سنشد عضدك باخيك﴾ قصص / ۳۵.

شیخ دربروجرد:

شیخ اعظم با یک دنیا امید وآرزو وبا یک دنیا توکّل واعتماد به خدا ونفس خویش، همراه برادر، مسقط الرأس خویش دزفول را پشت سرگذاشته وراهیِ شهربروجرد می شود.

درآن روزگار یکی از شخصیتهای بزرگ علمی دربروجرد زندگی می کند که شیخ عزم دیدار او دارد، پس از پیمودن راههای طولانی وپشت سرگذاشتن سلسله جبال لرستان وارد شهربروجرد می شوند ودرمدرسهٔ علمیّه شهر ساکن می شوند.

مؤسّس این مدرسه، عالم جلیل القدر مرحوم شیخ اسداللّه بروجردی، مشهور به حجة الاسلام بودکه دارای دانش بسیار وفضل فراوان بود.

دوروز بعد شیخ اعظم وبرادرش درصحن مدرسهٔ مزبور با مرحوم حجة الاسلام ملاقات می کنند، ولی چون این ملاقات بدور از مباحث و گفتگوهای علمی است، شیخ بروجرد به مقامات عالیه علمی شیخ دزفول واقف نمی گردد وازقبل هم با این مقام رفیع آشنائی ندارد.

لذا به شیخ اعظم پیشنهاد می کند که در بروجرد بمانید وبرای فرزندم درسی شروع کنید.

شیخ اعظم چون این سخنان می شنود خطاب به برادر می گوید کجا

است نوشته های دروسی که درمیان راه به تو القاء کردم؟ آنها را بیاور وبه شیخ اسداللّه بده .

برادر امتثال نموده ودردم نوشته ها را به شیخ بروجرد می دهد وی با کمال دقّت نوشته ها را مطالعه می کند وآن گاه عظمت علمی شیخ اعظم اورا شگفت زده تر می کند تا اینکه پس از لحظاتی از پیشنهاد خود نادم گردیده وشرمنده شده عذر خواهی می نماید .

شیخ اعظم دراصفهان :

بدنبال ملاقات با شیخ اسداللّه بروجردی ، این دوبرادر بروجرد را به قصد اصفهان ، ترك می کنند وپس از مدتّها طی طریق به یکی از خانات اصفهان که برای مسافرین تازه وارد آماده شده وارد می شوند .

درآن ایّام زعیم ، علمی ودینی اصفهان فقیهی بزرگوار وسیدی ازسلالهٔ پاك رسول اللّه به نام مرحوم سید محمد باقر شفتی ، ملقب به حجة الاسلام بود که از شاگردان نامی جناب استاد اکبر آقا وحید بهبهانی وسید اعظم بحرالعلوم وسید مکرّم صاحب ریاض وشیخ اجل کاشف الغطاء رضوان اللّه علیهم اجمعین بودوبهره های علمی وافری ازمکتب این بزرگان علم وادب وعرفان وفقه واصول برده بود . این سید جلیل القدر دراصفهان مستقلاً حاکمیتی داشت وبدون واهمه از حکومت وقت ، حدود الهی را دربارهٔ متخلفین ومجرمین جاری می ساخت .

هدف اصلی شیخ اعظم از سفر به اصفهان آشنائی با مقامات علمی این مرد بزرگ بود ولذا پس از اندکی استراحت درمحلّ مذکور وبیرون کردن رنج سفرازتن ، همراه برادر در مجلس درس سید شفتی حاضر می شوند .

مجلس مملو ازافاضل وسید برکرسی درس تکیه زده ومعضلات فقهی

واصولی را دانه دانه حل می کند. سخن به یک مسئله پیچیدهٔ فقهی که بسیار جنجال برانگیز بود می رسد.

این مسئله مقدار زیادی از وقت درس را به خود اختصاص می دهد وقیل وقال پیرامون آن به طول می انجامد وهرکس مطلبی می گوید.

جناب سیّد در اطراف این مسئله اشکالی را طرح نموده واز حضار تقاضای جواب می نماید وخود دستها رابرپیشانی وسر را بریز افکنده ودر اندیشه است ولی احدی از حضار جلسه قادر به جواب نیستند.

در این لحظه شیخ اعظم که تا این لحظه سراپا گوش بود به اطراف خود نگاهی می اندازد تا کسی درسراو نباشد سپس به آرامی نزد یکی از افاضل آمده وآهسته جواب اشکال آقارا داده وبه فوریت از مجلس درس بیرون می رود.

آنگاه آن فاضل محترم که تازه به خود آمده وشگفت زده بود ازجای برخواسته وجواب شیخ اعظم را برای استاد تقریر می کند.

هنگامی که سخن وی به پایان می رسد سید شگفت زده می پرسد: این جواب را از کجا آوردی؟ چون سید می دانست که این جواب ما فوق توان علمی آن فاضل محترم است.

جواب دهنده گفت: استاد این جواب را خودم تهیه کرده ام، استاد تیز بین نپذیرفته و اصرار کرد بر اینکه حقیقت امر را بگو.

شاگر فاضل چاره ای ندید به جز از اعتراف به حقیقت ماجرا.

سید پرسید: نام آن شخص کیست؟

شاگرد عرض کرد: از نامش نپرسیدم. آن روزها شهرت و آوازهٔ علمی شیخ کم و بیش در اطراف و اکناف و حوزه های علمیه پیچیده بود بر همین اساس سید با زرنگی هر چه تمامتر دریافت که باید این جواب از شیخ انصاری شوشتری باشد و لذا فوراً به بعضی از اصحابش فرمان داد: هر چه سریع تر در جستجوی شیخ بر

آمده و او را پیدا کنند.

پس از مدتی تفحص شیخ اعظم را در یکی از خانات اصفهان یافتند، خبر به سید رسید، فرمود: به شیخ اطلاع دهید که همین امروز ما به ملاقات ایشان خواهیم آمد.

وقتی این سخن به گوش شیخ رسید، فرمود: نه، سید زعیم علمی و دینی اصفهان است. و در میان مردم اصفهان حرمت خاصی دارد و بر ما است که به زیارت ایشان بشتابیم هر چه زودتر بروید به سید اطلاع دهید که ما به زیارتش می آئیم.

خبر به سید رسید فرمود: خیر بر ما است که این شیخ بزرگوار را زیارت کنیم و فورا با گروهی از اصحابش به سمت مسکن شیخ حرکت کردند.

از آن طرف شیخ و برادرش، به قصد زیارت سید حرکت کرده بودند و لذا در بین راه با هم ملاقات کردند و طبق دستورات دینی با یکدیگر معانقه نمودند و پس از احوالپرسی گرم و خوش آمد گوئی شیخ عذر خواهی نموده گفت: وظیفهٔ ما بود که شما را زیارت کنیم و به خدمتتان شرفیاب شویم.

سید فرمود: خیر وظیفهٔ ما بود که به زیارت شما بیائیم!!

شگفتا از این همه تواضع و اخلاص وصفا و یکرنگی که در میان عالمان دین موجود است!! این یکی در اوج زعامت علمی و دینی اصفهان ولی برای زیارت شیخ اعظم با اصحابش روان می شود و آن دیگری در قلّه رفیع علم و فقاهت ولی با کمال تواضع برای زیارت سید راه می افتد. آری عالمان حقیقی دین اینانند و مصداق کلام امام صادق عليه‌السلام که فرمود: (و امّا من کان من الفقهاء حافظا لدینه، صائنا لنفسه، مخالفا لهواه، مطیعاً لامر مولاه فللعوام ان یقلدوه).

تا زمانی که زعمای دین و علمای اسلام بدور از هر نوع هوای نفس در یک جهان صفا و وحدت و یکرنگی بسر برند به یقین جهان تشیع از همه خطرات

احتمالی مصون خواهد بود و آسیبی به این مکتب نخواهد رسید.

بزرگترین خطر برای اسلام و انقلاب اسلامی اختلاف کلمهٔ علمای دین است.

باری سید شفتی، شیخ اعظم و برادرش را به منزل خویش دعوت فرمود و یک ماه تمام با کمال احترام از آنان پذیرائی کرد و در هر فرصتی میان سید و شیخ بحثهای عمیق علمی و فقهی منعقد می شد و پیوسته سید از آراء متقن شیخ به تعجب می آمد.

کم کم از سوی سید میل به اقامت شیخ در اصفهان پیدا شد و لذا پرسید: سبب آمدن شما به اصفهان چیست؟

شیخ جواب داد: زیارت و دیدار با شما.

سید گفت: آرزومند اقامت دائمی شما هستم.

شیخ پاسخ داد: ما را در دزفول منزل محقری است که بدانجا بر می گردیم.

سید گفت: من برای شما منزلی مناسب در اصفهان آماده می کنم.

شیخ گفت: مادرم چشم انتظار ما است و باید برگردیم ولی اگر قصد اقامت در ایران داشته باشم حتما اصفهان را اختیار می کنم.

شیخ اعظم در کاشان:

پس از یک ماه تعظیم و تکریم شیخ اعظم و برادرش اصفهان را به قصد کاشان ترک کردند.

کاشان آنروز محل اقامت فقیه اعظم و فیلسوف اکبر و حکیم متأله و از ستونهای بزرگ فقه و فلسفه و عرفان و اخلاق در قرن سیزدهم یعنی مولی احمد بن محمد مهدی بن ابی ذر نراقی بود که صیت علمی اش آفاق را پر کرده بود.

کتاب ارزشمند «مستند الشیعه فی احکام الشریعة» در دو جلد از آثار این

شخصیت عظیم است که نشانگر احاطهٔ وی در جمیع فروع فقهیه است.

«عوائد الایام»، نام کتاب دیگر او است که بقول بزرگان در فن خود بی نظیر است.

«معراج السعاده»، نام کتاب دیگر او است که آن هم الحق در فن خود کم نظیر است و به فرموده یکی از بزرگان علم و هنر و ادب، به عقیدهٔ من بر هر طلبه ای لازم است که هر روز صبح پس از قرائت قرآن و دعای شریف عهد این کتاب ارزشمند را به دقت مطالعه نموده و به دستورات آن عمل کند و به قول شاعر عرب:

لو جئته لرأیت الناس فی رجل   والدهر فی ساعة والارض فی دار

وبقول شاعر فارسی زبان:

هر آنکس زدانش برد توشه ای   جهانی است بنشسته در گوشه ای

باری شیخ اعظم و برادرش پس از تحمل رنج سفر از دیار اصفهان به شهر کاشان وارد می شوند و در یکی از مدارس طلاب علوم دینی کاشان رحل اقامت می افکند و از آنجا که شوق دیدار مولی نراقی لحظه ای شیخ را آسوده نمی گذارد پس از توقفی کوتاه در مدرسه به قصد زیارت مرحوم نراقی حرکت می کنند و در مدرس درس برایشان وارد می شوند.

شیخ خود را معرفی می کند و مرحوم نراقی در نهایت درجه از تعظیم و تکریم شیخ را گرامی می دارد سپس به دنباله درس خویش می پردازد.

بحث پیرامون یکی از غوامض فقهی است که مولی نراقی بسان طبیبی ماهر مطلب را مو شکافی می کند و پیش می رود و شیخ به دقت تمام گوش می کند و گمشده اش را که شهر به شهر به دنبال او روان بود در مرحوم نراقی می یابد.

لذا تصمیم می گیرد همانجا بماند و ازمحضر این حکیم الهی بهره مند شود.

از آن پس، این دو قهرمان نام آور بسان دو پهلوان میدان کشتی در عمیق ترین مسائل فقهی ـ اصولی ـ فلسفی و کلامی با یکدیگر کلنجار می روند و گاهی ساعتها باران علم نراقی بر سر شیخ باریدن می گیرد و شیخ با تمام وجود سخنان نراقی را گوش می دهد و از آن دریای متلاطم بهره می گیرد.

باری شیخ اعظم چهار سال تمام در کاشان می ماند. و از این قهرمان میادین مختلف علمی استفاده می برد و حتی یک روز هم محضر درس این استاد عظیم الشأن را ترك نمی کند و بیشترین بهرهٔ علمی را از این استاد بزوگوار می برد و این خود دلیل بر اعلمیت نراقی از دیگران است.

در هر حال پس از اینکه شیخ توشه های علمی فراوانی از این محضر پر فیض می گیرد و خوشه های بسیار می چیند از خدمت استاد اجازه می خواهد که کاشان را ترك کند.

این سخن بر مرحوم نراقی سنگین و گران می نماید چرا که کمالات شیخ و مقامات علمی او را دیده و دوری از شیخ برایش سنگین است، آن هم شیخی که خود نراقی درباره اش فرمود: در کلیه مسافرتهایم بیش از پنجاه مجتهد مسلم را دیده ام اما هیچ کدام مانند شیخ انصاری دارای فضل و دانش و احاطه فراوان نبوده اند.

باری نراقی، ناگزیر از اجازه به شاگرد بزرگ محضر خویش رخصت سفر می دهد.

شیخ اعظم از استاد گرامی می خواهد تا اجازه نامهٔ روائی هم به وی بدهد که این عادت پسندیده رجال علم از قدیم الایام بوده که هر گاه فاضلی به درجات عالی اجتهاد می رسد و ملکه استنباط احکام و ردّ فروع بر اصول و استخراج فروع از اصول در او پیدا می شد از سوی اساتید معظم، اجازه نامه ای دریافت می کرد و این به معنای شهادت آن استاد بر لیاقت و اجتهاد این شاگرد بود.

کما اینکه امروزه در دانشگاههای دنیا به دانشجویان فارغ التحصیل رشته های مختلف مدرك می دهند از قبیل مدرك دکترا که به معنای اجازهٔ رسمی او در امر طبابت و پزشکی است.

آری خوانندگان گرامی، از گذشته های دور دست این دقتها و محکم کاریها بوده و معیارها و ضوابط حاکم بوده و شخص هر چند از نظر علمی دارای مرتبتی عالی بود و چهره ای محبوب در جامعه و شخصیتی مبارز بود ولی در امر دین باید از سوی متخصصین فن تأیید می شد و اجازه نامه می گرفت و ارزشها نباید فدای افراد و گروهها وخطها بشود.

این اشخاصند که باید فدای ارزشها شوند خدا نیاورد آن روزی را که این اجازه های روایت یا اجتهاد به قدری بی اعتبار شود که به هر کسی که شایستگی ندارد اجازه اجتهاد دهند و به صرف اینکه چند نفر پیش فقیهی شهادت به اجتهاد شخصی دادند آن فقیه به وی اجازه اجتهاد دهد و دیگری هم به تأیید او اکتفا نموده و اجازه اجتهاد صادر کند و فقیه سوم هم به امضاء دو نفر قبلی نگریسته و نزد خود این را بیّنه شرعی تلقی کند و او هم تأیید کند، در این صورت چه بر سر اسلام خواهد آمد خدا می داند.

چه خوب است همان طوری که در مباحث فقهی و علمی و اصولی افتخار می کنیم که ما مراد شیخ اعظم را در رسائل و مکاسب بهتر از دیگران فهمیده ایم، در این قسمت هم به شیخ اعظم اقتداء کنیم که به نقل صاحب قصص العلماء:

شیخ در دوران زعامت و مرجعیت خویش به احدی اجازهٔ اجتهاد نداد و این از شدت احتیاط شیخ در امر دین سرچشمه می گیرد با اینکه همه می دانیم که در مکتب پر بار شیخ اعظم چهره هائی درخشیدند که هنوز هم تاریخ نظیر آنها را در فقه و اصول سراغ ندارد و یا کمتر دیده است.

آیا احادیث «اخوك دینک فاحتط لدینک» تنها در مباحث اصولی کلاس درس

با آب و تاب مطرح باید بشود و در اطراف آن تاخت و تاز علمی شود ولی در مقام عمل از احتیاط در مهم ترین مسائل یعنی اجازهٔ اجتهاد دادن خبری نباشد؟ خدا نیاورد آن روزی را که روابط جای ضوابط را بگیرد.

عجبا کسی که از ساعت هشت صبح تا سه بعد ازظهر از حلّ یک مسئله فقهی همراه با مدارك روشن آن همچون «وسائل الشیعه» و «جواهر الکلام» عاجز می ماند چگونه سزاوار اجازه اجتهاد است؟

در میان شیعه اموری چند از قداست خاصی برخوردار است که یکی از آنها امر مقدس و عظیم اجتهاد است. بگذاریم این امر همچنان به قداست خود باقی بماند و خدای ناکرده ابزاری در دست بعضی افراد فرصت طلب قرار نگیرد. خداوند همگان را موفق به پاسداری از ارزشهای والای دین مبین اسلام و از سیرهٔ سلف صالح قرار دهد(آمین).

شیخ اعظم در خراسان:

مرحوم نراقی تقاضای شاگرد ارجمند خویش را اجابت نموده و اجازه نامهٔ بی نظیری برای شیخ صادر می کند که از آوردن آن در اینجا معذوریم چون سخن به درازا می کشد.

شیخ اعظم همراه با این هدیه بزرگ از سوی استاد، کاشان را به قصد خراسان ترك می کند.

هدف اصلی شیخ از سفر به خراسان، زیارت مرقد مطهر ثامن الحجج علیه السلام است، چهار ماه تمام این دو برادر در مشهد مقدس رضوی می مانند و از بارگاه ملکوتی فیوضات معنوی اکتساب می نمایند و برای انجام مسئولیتهای خطیر خویش در آینده از مقام ولایت استمداد می طلبند.

امّا در این بخش از زندگینامهٔ مرحوم شیخ نوشته نشده که آیا در خراسان هم

از محضر عالمی استفاده برده یا خیر.

بهر حال پس از چهار ماه خراسان را به قصد وطن خویش دزفول ترک می کنند در بین راه چند روزی در تهران در مدرسه علمیهٔ مادر شاه اقامت می کنند و این همزمان با حکومت آقا محمد خان قاجار است و پس از سفری طولانی به طول پنجساال مجدداً به مسقط الرأس خویش یعنی دزفول قهرمان باز می گردند.

شیخ اعظم در دزفول:

کاروان کوچک دو نفری که در معنی بزرگی آن به عظمت تاریخ است بسوی دزفول در حرکت است، مردم مشتاق آن سامان خبردار از مراجعت قهرمان علمی و نام آور شهرشان پس از پنج سال مبارزهٔ بی امان با عفریت جهل و هوا و فتح الفتوح، شهر را آزین می بندند و در بیرون شهر بر سر راه شیخ هر طبقه ای خیمه ای زده و آماده استقبال از این کوهپیمای بزرگ قلل رفیع علمند و در حالی که پیشاپیش آنان علماء شهر در حرکتند از شیخ اعظم و برادرش به گرمی هر چه تمامتر استقبال می کنند.

و لوله ای عجیب در میان همشهریان شیخ دیده می شود هر کسی به زبانی سخن از مدح شیخ شهر شان می گوید متقابلاً شیخ اعظم با چهره ای استوار و مصمم و بظاهر آرام ولی در حقیقت دریائی متلاطم از آنان صمیمانه تشکر می کند و برای آنان دعای خیر می نماید، سپس در میان سیل جمعیت استقبال کننده وارد شهر می شوند و به خانه محقر خویش در می آیند.

شیخ اعظم در اولین فرصت به خدمت مادر چشم انتظار خویش رسیده و طبق عادت، دستهای مادر را به گرمی بوسه می زند و بار دیگر چشمهای مادر به دیدار فرزند، روشن و منور می گردد.

باری پس از چند روزی استراحت و دید و بازدید، شیخ اعظم در نهایت عزت و احترام به انجام رسالت جاودانه خویش قیام می کند.

در یک جبهه به حلّ و فصل منازعات مردم می پردازد.

و در جبهه دیگر طلاب فراوانی از محضر پر فیض او استفادهٔ علمی می برند.

و در جبهۀ سوّم مشغول تالیف و تصنیف یکی از نفیس ترین آثار گرانبهای فقه و اصول شیعی است.

و در جبهه چهارم علی الدوام بر سر شیطان نفس می کوبد و او را از نفوذ در مملکت وجودش دفع می کند که شیطان را به عالم مخلصین راهی نیست و این روش مدتها به طول می انجامد.

شیخ در نجف اشرف:

در سال ۱۲۴۹ مجدّداً شیخ اعظم تصمیم می گیرد به نجف اشرف هجرت کرده و در جوار قبر مولی الموحدین و امام العارفین علی علیه السلام زندگی کند و لذا با اهل و عیال و در خدمت مادر گرامش دزفول را ترك می کند.

تراجم نویسان در فلسفه این هجرت سخنان گوناگونی گفته و نوشته اند ولکن آنچه به واقع نزدیک تر است، اینست که هدف اصلی شیخ اعظم، استفاده هر چه بیشتر از محضر عالمان آن دیار و نوابغ آن روزگار است تا هر چه عمیق تر مبانی فقه و اصول را بیاموزد و مستحکم سازد.

با این آرمان مقدس در سال۱۲۴۹ هجری قمری وارد نجف اشرف می شود، در آن روزگار دو شخصیت بزرگ و دو فقیه والامقام و دو زعیم بزرگ حوزهٔ علمیه کرسی درس و بحث دارند.

یکی از آن دو جناب آیت الله شیخ علی کاشف الغطاء است که هم مرجع عموم شیعیان است و هم زعیم علمی حوزه.

آن دیگری جناب آیت الله شیخ محمد حسن نجفی، صاحب جواهر است که زعیم علمی حوزه می باشد.

شیخ اعظم پنج سال تمام از محضر درس مرحوم کاشف الغطاء استفاده می کند یعنی از تاریخ ۱۲۴۹ تا سال ۱۲۵۴ که در این سال حضرت کاشف الغطاء دارفانی را وادع گفته و به جوار رحمت بیکران حق می شتابد و با رفتن خود ثلمه ای در اسلام ایجاد می کند که هرگز جای آن پر نخواهد شد.

در اینجا اجازه می خواهم فهرست وار نام نامی اساتید بزرگوار مرحوم شیخ را ذکر کنم اگر چه تفصیلاً در مباحث گذشته ذکر شد.

اولین استاد: عموی گرامی شیخ یعنی جناب شیخ حسین انصاری است که از پنج سالگی تا هفده سالگی شیخ از محضر این دانشمند بزرگ و آیت زمان خویش استفاده برد.

دومین استاد: سید مجاهد است که دو سال تمام شیخ از محضر وی استفاده برد.

سومین استاد: شریف العلماء مازندرانی است و دو سال شیخ از محضر وی بهره برد.

چهارمین استاد: مولی احمد نراقی است که چهار سال تمام شیخ از محضر او استفاده کرد.

پنجمین استاد: فقیه عصر، مرحوم شیخ موسی کاشف الغطاء است که شیخ اعظم یکسال از محضر او استفاده برده است.

ششمین استاد: مرحوم آیت الله العظمی شیخ علی کاشف الغطاء است که شیخ اعظم پنج سال تمام از محضر وی استفاده برده است.

آری این شش فقیه بزرگ که از اسوه های فضیلت و تقوی بوده اند سازندگان ابعاد علمی و روحی شیخ اعظم بوده اند و شیخ در محضر آنها تلمّذ نموده است.

شکّر الله مساعیهم الجمیلة.

تلمذ شیخ در محضر صاحب جواهر: در اینکه آیا شیخ اعظم از محضر صاحب جواهر استفاده برده یا خیر؟ مورد بحث است و بعضی عقیده دارند که شیخ اعظم چند صباحی در محضر درس صاحب جواهر رضوان الله علیه شرکت کرده امّا معلوم نیست که به چه قصدی بوده؟ آیا برای استفاده علمی بوده؟ یا برای تیمن و تبرك؟ در هر حال شیخ مدتی در جلسهٔ درس صاحب جواهر حاضر شده آنهم به دور از حلقهٔ درس و بحث نشسته و تنها به دیدن چهرهٔ ملکوتی صاحب جواهر و شنیدن صدای ایشان اکتفا می نمود.

بر همین اساس برخی از شاگردان صاحب جواهر گمان بردند که وی مردی فقیر است و صرفاً برای دراهمی معدود در درس حضور می یابد و بعضی گفتند: وی انسان فاضل و دانشمند است.

و بالاخره تصمیم گرفتند او را امتحان کنند تا حقیقت امر بر آنها مکشوف گردد، از قضا موضوع بحث صاحب جواهر پیرامون تعارض و تضارب احادیث در یک حکم بود.

پس از کشمکش های زیاد نظر صاحب جواهر این شد که ادلّه اَجزاء و شرائط بر ادلّه اطلاق اصل واجب تقدم دارد به دنبال این سخن بهانه ای به دست شاگردان آمده و با خود گفتند اینک گاه امتحان شیخ است.

قرار شد محقّق رشتی صاحب «بدائع الافکار» این امر را به عهده بگیرد لذا آهسته آهسته به شیخ نزدیک شد و پرسید: شیخنا فلسفه تقدم ادلّه اجزاء و شرائط بر اطلاق دلیل الواجب چیست؟

شیخ با آرامی تمام فرمود: این تقدیم از باب حکومت است یعنی ادلّه اجزاء و شرائط بر اطلاق دلیل واجب حکومت دارد و دلیل حاکم بر دلیل محکوم مقدم است.

هنگامی که محقق رشتی این سخن بدیع را بشنید شگفت زده شد، زیرا تا بحال احدی از فقها و اصولیین زبر دست از شیخ طوسی تا صاحب جواهر چنین تعبیری نداشتند. این انسان به ظاهر فقیر و در لباس فقر چه می گوید؟

لذا محقّق با کمال تعجب پرسید آقا حکومت چه صیغه ای است؟

حاکم کدام است؟ و محکوم کدام؟

شیخ اعظم با وقار و هیبت خاص به خود فرمود: برای فهمیدن معنای حکومت و دلیل حاکم و محکوم باید شش ماه در جلسهٔ درس من حاضر شوی تا برایت این امور را شرح کنم و سخن از تخصیص و تخصّص و حکومت و ورود و مشترکات و مختصات اینها بر زبان جاری کنم.

اینجا بود که محقّق رشتی، به مقام رفیع علمی شیخ اعظم آشنا شد و دانست که طائر اندیشهٔ شیخ بسی بلند پروازتر از دیگران است.

از این لحظه به بعد علاقه محقّق به شیخ اعظم صد چندان می شود و پیوسته ملازم رکاب شیخ می گردد و در جلسات درس و بحث شیخ اعظم حضور یافته و جزو چهره های درخشان مکتب شیخ می گردد.

لازم است بدانی که شیخ اعظم را که مبتکر می گویند، به خاطر ابتکار وی است در قانون اساسی حکومت و ورود در ادلّهٔ احکام.

باری چنین به نظر می رسد که شرکت شیخ در جلسهٔ درس صاحب جواهر که در آن زمان یگانه مرجع دینی شیعیان بود از باب تیمن و تبرك و تعظیم و تبجیل بوده است نه از باب استفاده.

چنانکه معروف است که حضرت امام خمینی ره در زمان زعامت و مرجعیت آیت الله العظمی بروجردی خود استادی نامی و فقیهی بلند پایه و دارای جلسه درس و بحث گرمی بوده که فضلاء جوان از محضرش استفاده می بردند.

ولی پس از درس همراه شاگردان، به عنوان تیمن و تبرك در جلسه درس

مرجع بزرگ شیعه، آیت الله بروجردی شرکت می فرمودند.
و چه قطعه های زیبائی در تاریخ فقهاء شیعه به چشم می خورد امید آنکه این سیرهٔ مستمرهٔ فقهاء عظام همچنان سرمشق حوزه های علمیه باشد.
در اینجا مهم ترین بخش این مقاله یعنی بخش ۲ و۳ به پایان می رسند.

۴ـ زعامت دینی و علمی شیخ اعظم

پس از مرحوم آیت الله العظمی شیخ علی کاشف الغطاء مرجعیت شیعه به صاحب جواهر منتقل می شود و تا سال ۱۲۶۶ یعنی سال وفات صاحب جواهر امر زعامت و رهبری امت اسلامی در کف با کفایت او است. در سال ۱۲۶۶ به تدریج آثار موت در چهرهٔ این شخصیت عظیم و استثنائی نمایان می گردد.
دانشمندان بلند پایه مکتب تشیّع که پیوسته در مسیر مصالح امت اسلامی عمر شریف خویش را سپری می کنند به این نکته واقف اند که در آینده ای نه چندان دور ممکن است مرجع تقلید مسلمانان جهان به رفیق اعلی بپیوندد و خوف آنست که جامعهٔ شیعه بدون زعیم و رهبری باقی مانده و خدای ناکرده آشوب و هرج و مرج ایجاد شود چرا که این امامت است که نظام امت و مایه همبستگی و بهم پیوستگی او است و نبود آن سبب نابودی انسجام امت و ایجاد گسستگی است.
لذا روزها و شبهای متعدد بدون اطلاع صاحب جواهر در این زمینه بحث می کنند تا بالاخره همگان به اتفاق کلمه، فرزند صاحب جواهر یعنی مرحوم آیت الله شیخ عبدالحسین جواهری را که از دانشمندان برجسته بوده و نشانه های زعامت و مرجعیت از حیث دانش بیکران و ورع بی حد و مدیریت و مدّبریت در حدّ اعلی در او جمع بود، انتخاب می کنند. سپس سمیناری در منزل صاحب جواهر تشکیل می دهند تا پیرامون مباحث مربوط به اجتهاد

و استنباط سخن بگویند.

آری این سیرهٔ سلف صالح یعنی عالمان حقیقی شیعه بوده که در طول تاریخ هر گاه مرجعی دارفانی را وداع می کرد خبرگان امت اجتماع نموده و شایسته ترین را برای امر خطیر زعامت و مرجعیت شیعیان بر می گزیدند و این افتخار عظیم از مختصات دانشمندان مخلص شیعه است واحدی با آنان در این امر شریک و همگام نیست.

و باید که این سیرهٔ مقدسه که قطعاً مرضّی خدا و رسول ﷺ و ولیعصر ارواحنا فداه است تا ظهور حضرتش باقی و مستدام بماند انشاء اللّه تعالی.

چه اینکه یک نمونه بسیار عظیم و بارز را در زمان خودمان به چشم خود دیدیم و بار دیگر عالمان شیعه درخشیدند و خبرگان امت مسؤولیت حساس خود را به نحو احسن و به بهترین وجه ممکن انجام دادند. آفرین بر این تربیت یافتگان مکتب جعفری سلام الله علیه و علیهم اجمعین.

و آن اینکه اوّلاً هنگامی که مجلس عظیم خبرگان رهبری می خواهد تشکیل شود دشمنان اسلام و انقلاب اسلامی بسان دایه هائی دلسوزتر از مادر شروع می کنند به سمپاشیها و تبلیغات زهرآگین در سطح جهان و با تمام امکانات به میدان مبارزه تبلیغاتی می آیند و اعلام می دارند که وقتی امام زنده است و رهبری امت را به عهده دارد دیگر چه نیازی به مجلس خبرگان رهبری؟ تشکیل مجلس خبرگان تضعیف رهبری است و... ولکن امام امت رضوان الله علیه با درایت هر چه تمام تر و تیزهوشی هر چه کامل تر و آینده نگری خاص به خود، درس دشمن را خوانده و نقشه های دشمن را نقش بر آب می کند[انهم یکیدون کیدا و اکید کیدا ...].

در یک سخنرانی پر شور اعلان می دارند: مجلس خبرگان تقویت رهبری است نه تضعیف آن و این توطئه بزرگ را نیز از سر راه ماشین سریع السیر انقلاب

بر می دارند و به این هم اکتفا نمی کنند بلکه علی الدوام تا آخرین لحظه حامی و مدافع سازش ناپذیر مجلس خبرگان می شوند.

بلکه در وصیتنامهٔ سیاسی الهی خودشان هم که سند جاودانه ای در تاریخ انقلاب است و اتمام حجتی است بر همهٔ اقشار الی الابد از این حمایت دست بر نمی دارند.

بلکه خود آن حضرت با بیانات مختلف و برخوردهای گوناگون شخصیت مورد نظر خویش را برای امر حساس زعامت و رهبری مسلمین معرفی می نمایند.

گاهی حضرت آیت الله خامنه ای سلام الله علیه را به عنوان برادر خود یاد می کنند، در جائی او را خورشید انقلاب می نامند و به مناسبتهای مختلف به لیاقت این سید بزرگوار و عارف واصل و آگاه به سیاستهای جهان و آشنای به مبانی فقه جعفری تصریح و تاکید می نمایند.

خبرگان امت هم بلافاصله پس از رحلت بنیانگذار عظیم الشأن جمهوری اسلامی که همهٔ منافقین و ضد انقلابها و کوردلان از خدا و خلق بی خبر و خود فروختگان فرومایه تمام امیدشان را به مرگ امام بسته اند و چشمها را به این نقطه حساس دوخته اند و آماده مراجعت به ایران هستند.

دشمنان شرقی و غربی انقلاب و مرتجعین واپسگرای منطقه و صهیونیسم غاصب شادمانی می کنند و دوستان انقلاب در سطح جهان و مسلمانان مظلوم لبنان، افغانستان، فلسطین و از همه بیشتر، ایران انقلابی با بیم و امید حوادث و جریانات را دنبال می کنند و پاکان درگاه الهی و خاندان معظم شهداء دست به دعا برداشته و برای حفظ نظام مقدس جمهوری اسلامی دعا می کنند.

در یک چنین شرائط حساس جهانی، خبرگان امت در جوّی آرام که این آرامش از ایمان معنوی و مذهبی آنان به خدا ناشی می شود[الا بذکر الله تطمئن

القلوب] در جوّی آکنده از صفا و صمیمیت به وصیّت نامهٔ سیاسی الهی امام گوش فرا می دارند و با اشک چشم دلها را صیقل و جلای بیشتری می دهند.

سپس در کوتاه ترین مدت ممکن با اکثریت مطلق آراء جامع ترین و لایق ترین انسان را که از همه بیشتر با سیرهٔ امام امت آشنائی دارد و ادامه دهنده این خط مقدس است یعنی حضرت آیت الله خامنه ای را انتخاب می کنند و از طریق صدا و سیمای جمهوری اسلامی به تمام نقاط ایران بلکه به تمام دنیا اعلام می دارند.

اینجا است که قلب تپندهٔ امام آرام می گیرد، اشک شوق در چشمان امت اسلامی جمع می شود و با تمام وجود پشت سر این رهبر سترگ، خط امام را دنبال می کنند و برای چندمین بار یأس و نومیدی را برای دشمنان انقلاب به ارمغان می آورند.

درود خدا بر این عالمان وارسته و فقیهان مصلحت اندیش امت که در شرائط بسیار حساس و سرنوشت ساز به فریاد اسلام و امت اسلامی رسیده و اجازه نمی دهند که شیرازهٔ این کتاب عظیم از هم پاشیده شود.

درود خداوند بر این امت قهرمان که پشت سر این رهبر معظم، خود را برای دفاع از کیان اسلام سپر بلاها قرار می دهند و بدین وسیله انقلاب بیمه می شود.

اینجا است که باید گفت امت اسلامی ما از ملت حجاز در عصر رسول خدا صلی الله علیه و آله بهترند زیرا که رسول خدا از اولین روزهای بعثت تا لحظه شهادت قدم به قدم در فرصتهای گوناگون علی بن ابیطالب را که به اعتراف همه مسلمانان عالم افضل الناس بعد از رسول خدا صلی الله علیه و آله بود به مردم معرفی می کند، ولی هنوز بدن مقدس حضرت غسل داده نشده و تشییع نشده و بلکه حتی قبل از رحلت رسول الله، آن می کنند که همه می دانند و سبب تفرقه در صف واحد امت اسلامی می شوند تا آنجا که بر حسب روایات ما[ارتّد الناس بعد رسول الله الاّ ثلثة او اربعة او خمسة او سبعة]

باری در آن جلسه عظیم که در منزل مرجع عالیقدر جهان اسلام تشکیل می گردد شیخ اعظم انصاری حضور ندارد. صاحب جواهر با تیزهوشی کامل هدف اصلی شرکت کنندگان در آن لُجنه علمی را در می یابد ولی فعلاً مصلحت نمی بیند تا سخنی بگوید تا زمانی که واپسین لحظات عمر شریف را سپری می کند و اهل حلّ و عقد در محضرش جمع و منتظرند تا نتیجه آن همه بحث و گفتگو را ببینند.

در این آرزو هستند که صاحب جواهر نیز به غیر از فرزندش که برجستگی های فراوانی دارد به کسی راضی نخواهد شد ولی بر خلاف انتظار همه، صاحب جواهر که در بستر مرگ افتاده و می رود تا ندای آسمانی [یا ایتها النفس المطمئنة ارجعی الی ربک راضیة مرضیة ...] را لبیک گوید و لحظه به لحظه حال مبارکش وخیم تر می گردد، نگاهی به حضار مجلس می اندازد و گمشدهٔ خویش را می جوید و وقتی او را نمی یابد با صدای لرزان ولی با صلابت و اطمینان کامل می گوید:

(این بقیة العلماء)؟ یعنی کجایند سایر عالمان دین؟

حضار جواب می دهند: آقا همه حضور دارند و احدی باقی نمانده که در جلسه نباشد.

صاحب جواهر مجدّدا می فرماید: خیر بعضی از علماء در جلسه حاضر نیستند.

دوباره حضار همان جواب اول را تکرار می کنند و با تعجب به یکدیگر نگاه می کنند.

اینجاست که این پیر عظیم الشأن از بستر مرگ، انقلاب می کند و پرده ها را کنار زده و با صراحت می فرماید: (این ملا مرتضی؟ علّی به)، یعنی ملا مرتضی کجاست؟ او را نزد من آورید، حضار می فهمند که منظور استاد همان شیخ

انصاری است لذا به دست و پا افتاده و از هر وسیله ممکن استفاده می کنند تا صاحب جواهر را قانع سازند که امر مرجعیت را پس از خود به فرزند برومندش محوّل کند [البته این اصرار نه بر اساس هوای نفس و حسادت به مقام شیخ بود که تربیت یافتگان واقعی این مکتب از این صفات رذیله منزهند، بلکه برای این بود که طبق تشخیص آنان فرزند صاحب جواهر الیق الناس بود].

ولی آنها هر چه اصرار کردند صاحب جواهر به مضمون این حدیث که «المؤمن کالجبل الراسخ لا یحرکه العواصف» ذرّه‌ای تغییر موضع نداده بلکه با قاطعیت هر چه بیشتر بر موضع قبلی خود اصرار ورزید.

آری صاحب جواهر با چشم باطن لیاقت شیخ اعظم را می دانست و آخرین مسئوولیت خویش را باید انجام می داد لذا مصرانه خواستار حضور شیخ بود.

حاضرین ناگزیر در جستجوی شیخ بر آمدند تا وی را بنا به قولی در حرم علی علیه‌السلام و بنا به روایتی در مسجد سهله یافتند که عرضه می دارد:

بارالها مرجع تقلید شیعیان جهان یعنی صاحب جواهر را شفا عنایت کن ...

به شیخ عرضه داشتند: صاحب جواهر شما را طلبیده، شیخ بلافاصله حرکت کرد و به خدمت صاحب جواهر آمد. وقتی وارد جلسه شد به همهٔ حضار سلام و ادای احترام کرد و صاحب جواهر را با تحیات بیشتر احترام نمود.

صاحب جواهر در کمال خوشحالی و انبساط وجه که در این لحظات حساس یعنی لحظه مرگ مخصوص اولیاء خدا است، جواب سلام داد و شیخ را نزدیک طلبیده و کنار خویش نشاند و دست شیخ را گرفته بر سینه گذاشت و همانند بنده‌ای شکور در برابر ربّ غفور گفت: «الان طاب لی الموت، الان ساغ لی الرحیل» یعنی اینک مرگ برایم گورا است و با اطمینان از میان شما می روم.

سپس خطاب به حاضرین فرمود: هذا مرجعکم من بعدی یعنی پس از من این شخص مرجع تقلید شما است.

سپس خطاب به شیخ اعظم فرمود: یا شیخ قلّل احتیاطک یعنی ای شیخ احتیاط هایت را در دین کم کن. زیرا که شریعت اسلام بنا را بر آسان گرفتن گذاشته [یرید اللّه بکم الیسر ولا یرید بکم العسر] یا اینکه: ما جعل علیکم فی الدین من حرج].

چون شیخ اعظم در مسائل شرعیه خیلی محتاط بود لذا صاحب جواهر چنین فرمود:

و بدنبال این نمایش عظیم قدرت ایمانی، صاحب جواهر دار فانی را وداع کرده و در حالی که بار سنگین امانت الهی را تا لحظه مرگ به دوش کشیده و سپس به انسانی لایق و با کفایت و با درایت سپرده است، بر مولای کریم وارد می شود.

آری مرجعیت شیعه در طول تاریخ اینچنین بوده که تا واپسین لحظه حیات خویش تمام فکر و ذکرشان و هم وغمشّان اسلام و مصالح جامعه مسلمین بوده و هست و ذرّه ای به فکر خود و مصالح فردی و خانوادگی نبوده و نیستند.

والسلام علیکم یوم ولدوا و یوم یموتون ویوم یبعثون حیّا سعیداً

و امّا شیخ اعظم، هنگامی که از سوی مرجع مسلمین این پیشنهاد به شیخ می شود وی از پذیرفتن مقام شامخ و والای مرجعیت شیعه امتناع می ورزد و مرتّب ورد زبانش اینست که من لایق امر زعامت مسلمین نیستم.

برای عالمان وقت این سخن جای یکدنیا تعجّب دارد! شیخ چه می گوید؟ من لایق نیستم یعنی چه؟ آیا مگر صاحب جواهر بدون شناخت کامل وی را معرفی نموده؟ قصّه چیست؟

سرّ مطلب را از خود شیخ می پرسند که ای شیخ چرا خود را لایق این مرتبه نمی دانی؟

شیخ جواب می دهد، به عقیدهٔ من تقلید از اعلم واجب است و من فردی را

می شناسم که او از من اعلم بوده ولایق این منصب است.

تعجّب حاضران صد چندان می شود! شگفتا آن فرد عالم تر و لایق تر دیگر چه کسی است که صاحب جواهر او را نمی شناخته و از اعلمیت او خبر نداشته، ولی شیخ اعظم خوددار است.

بار دیگر سئوال می کنند: یا شیخ منظورتان کیست؟

جواب می دهد: ما وقتی در حوزه علمیه کربلا درس می خواندیم و در جلسه درس حضرت استاد شریف العلماء مازندرانی شرکت می کردیم، در آن ایام هم مباحثه ای داشتم، به نام سعید العلماء مازندرانی که وی در فهم مباحث و معضلات فقهی از من دقیق تر بود و الآن در ایران و مازندران بسر می برد، بروید او را بیاورید.

باری از سوی علما و دانشمندان اصرار و از جانب شیخ امتناع که او از من لایق تر است.

بالاخره قرار شد که از طریق نامه مطلب را به اطلاع سعید العلماء برسانند.

شیخ اعظم نامه ای به سعید العلماء نوشت. در قسمتی از نامه آمده: از رحلت صاحب جواهر خبر دارید و اینک امت اسلامی در حیرت است که از چه فردی تقلید نمایند؟ مرا معرفی نموده اند ولی من امتناع ورزیدم زیرا که تو را از خودم اعلم می دانم چون هنگامی که در درس استاد شریف العلماء شرکت می کردیم تو از من بهتر مسائل را درك می کردی، پس تو اعلمی و بر امت اسلامی واجب است از تو تقلید کنند.

وقتی نامه به سعید العلماء رسید. نامه را گشوده و به دقت مطالعه نمود و در جواب برای شیخ نوشت:

دوست عزیز نامهٔ شما را دریافت کردم و از مضمون آن اطلاع حاصل کردم، آری مطلب چنان است که شما در نامه ذکر کرده اید و من در سابق از تو دقیق تر

و آگاه تر بودم ولکن شما فعلاً امتیازی دارید که من ندارم وآن اینکه شما پیوسته اشتغال به درس و بحث داشته ای و محضر بزرگان زیادی را درك کرده ای ولی من مدت زمان طولانی است که درس و بحث را کنار گذاشته و مشغول رسیدگی به امور مردم و حلّ و فصل قضایا در مازندران هستم.

بنابراین تو از من اعلم هستی و بر طائفه امامیه اثنا عشریه واجب است از شما تقلید کنند، و زعامت و مرجعیت العلماء به دست شیخ اعظم رسید و از مضمون آن مطلع شد، به شدت گریه کرد، گریه در برابر مسئولیت سنگین امر زعامت و رهبری امت اسلامی و دیگر حجت از هر طرف بر شیخ تمام شده و چاره ای ندید جز اینکه آن را بپذیرد، لذا در همان ساعت به حرم مطهّر حلاّل مشکلات و فاتح حنین و خیبر، علی علیه‌السلام آمد و از حضرتش کمک طلبید و خدای را به صاحب این قبر مطهر سوگند داد تا او را از لغزشها حفظ کند و بر قیام به وظیفهٔ دینی کمک نماید.

آری ای خواننده گرامی اینست جایگاه حقیقی علماء دین که مقام والای مرجعیت را برای خویش یک طعمه و لقمهٔ چرب و نرم نمی دانند بلکه آن را مسئولیتی عظیم و امتحانی بزرگ از طرف خداوند تلقی می کنند و در هنگام قبول آن به خود می لرزند و به خدا پناه می برند.

اینانند مصادیق واقعی «انّما یخشی اللّه من عباده العلماء» که صادق آل محمد علیه‌السلام در تفسیر آیه فوق فرمود: «ذاك واللّه من یصدق فعله قوله و من لم یصدق فعله قوله فلیس بعالم».

باری شیخ اعظم مسئولیت بزرگ مرجعیت و زعامت شیعیان جهان را می پذیرد و همزمان دو زعامت بزرگ بر دوش شیخ سنگینی می نماید.

یکی زعامت دینی و مرجعیت مسلمین عالم.

و دیگری زعامت علمی.

امّا زعـامت دینی شیخ اعظم از تاریخ ۱۲۲۶ تا سال ۱۲۸۱ یعنی ۱۵ سال تمام مـرجعیت مسلـمین را عـهده دار می شـود و طائفهٔ امامیه از سـراسـر عالم متحـد و یکپارچه از یک مرجع تقلید پیروی می کنند.

حقوق شرعیه واجبه از شرق و غـرب جهان شیعه به سوی نجف اشرف و بیت رفیع مرجعیت و فتوی سرازیر می شود.

هدایای گرانبها از هر سوی به خانه شیخ روان می گردد.

امّا شیخ تمام این حقـوق مالی و هدایای شیفتگان خاندان عـصمت و طهارت را گـرفتـه و در حـجـره ای قـرار می دهد و در فـرصت های مناسـب این حـقـوق را به صاحبان اصلی آنها مسترد می دارد و با کمال عدل و انصاف تقسیم می نماید.

مـبلغ باقـیمـانده را در طُرق خـیـر و راههـای انسانی کـه شـریعت بدان تحـریص فـرموده مـصـرف می کند از قبیل: سـاختن مسـاجـد، مدارس علـمیـه، پل و تزویج جوانان و...

آری شیخ این شیوه را از مولی علی آموخته.

وامّا زعامت علمی: شیخ اعظم پس از استاد گرانقدرش مرحوم آیت اللّه شیخ علی کـاشف الغطاء مستقـلا دارای حوزه درس و بحث است ولی منحـصر بـه فرد نیست زیرا که در رأس نظام حوزه صاحب جواهر همانند خورشید می درخشد.

امّا پس از رحلـت صـاحـب جــواهر ره، شـیـخ اعظم در امــر زعــامت عـلمی حـوزه های علمیـه شیـعه نیز یکه تاز میدان می گـردد و سیل مطالب علمی از دامـان بلند این قلّه رفیع بر سرزمین جان تشـنگان معرفت سرازیر می شود و بیش از هزار انسان فاضل و دانشمند در درس شیخ حضور دارند.

از این حـوزهٔ درس پر برکت بیش از پانصـد مـجتـهـد مـسلـم تحـویل جـامـعـه اسلامی داده می شود.

در عـین حـال که شیـخ اعظـم بر کرسی مـقـدس تدریس و تربیت عـلما و فـضـلا

نشسته، مشغول حل معضلات فقهی و اصولی است و در مدت کوتاهی شخصیتهای گرانقدری از قبیل سید شیرازی ها ومحقق رشتی ها و میرزای آشتیانیها و مرحوم مامقانی ها و محقق خراسانیها را تحویل جهان علم و فقه می دهد.

امّا در کنار اینها از انجام نوافل و زیارتهای مستحبه نیز غافل نیست و در هر مناسبتی به زیارت سید الشهداء می شتابد.

منقول است که شیخ مرتب الفیه ابن مالک را از حفظ می خواند تا سلطه اش به قواعد ادبیات همچنان باقی و برقرار باشد، سبحان اللّه و اللّه اکبر از این همه عظمت وشگفتی که در یک انسان جمع می شود. عاش سعیداً و مات سعیداً.

۵ـ پاره‌ای از اخلاقیات شیخ اعظم

پانزده سال تمام زعامت دینی و علمی شیخ اعظم به درازا می کشد، ولی در تمام این مدت هیچ امری از امور مادی و دنیوی همت مردانه و فکر بلند شیخ را به خود مشغول نمی دارد.

شیخ نه از دیدن آن همه طلاها و نقره ها شادمان می شود و نه دراهم و دنانیر او را به وجد می آورد و نه برای آیندهٔ خود و اولادش اندوخته ای دارد و نه اقبال مردمان او را مغرور می سازد.

بلکه با همهٔ اینها همانند مسافری در این جهان زندگی کرد و سبکبال پرواز کرد که به قول علی عليه‌السلام نجی المخففون یعنی سبکبالان نجات پیدا می کنند.

زندگی شیخ بی نهایت ساده بود اگر مفهوم والای زهد وقناعت و وارستگی و بی اعتنائی به زخارف دنیا مجسم شود هر آینه به صورت شیخ اعظم ظاهر خواهد شد.

در اینجا به نقل سه نمونه اکتفا می کنم :

۱ـ شیخ در اوج زعامت مسلمین و خانواده اش در اوج فقر و تنگدستی ، مبلغ مقرّری ماهیانه خرج آنان را تأمین نمی کند .

خانوادهٔ شیخ اعظم به یکی از رجال دینی که نزد شیخ منزلتی داشته شکایت می برند و او را واسطه می کنند تا از شیخ بخواهد مقداری بر مقرری آنها بیافزاید .

آن شخص نزد شیخ آمده و قضیه را طرح می کند و تقاضای توسعه بر اهل و عیال می نماید ولی شیخ همچنان سر بزیر افکنده و ساکت و آرام جوابی نمی دهد نه نفیاً و نه اثباتاً .

روز بعد به منزل می آید به عیالش می فرماید : جامه های مرا بشوی و چرکها را در ظرفی گردآوری کن . عیال امتثال می کند .

شیخ می فرماید : آن آب چرکها را بیاور ، می آورد ، می فرماید اینها را بردار و بنوش ، زن عرض می کند : آقا اینها چرك و کثافت هستند و انسان طبیعتا از خوردن آن تنفر و اشمئزاز دارد ، من چطور بنوشم؟

شیخ می فرماید : نیک بدان این اموالی که در اختیار من است همانند این چرکها است زیرا که اینها سهم فقرا است و من حق ندارم به بیش از مبلغ مقرّری در آنها تصرف کنم نزد من ، شما و سایر افراد فقیر و بی بضاعت مساوی هستید .

۲ـ یکی از ارادتمندان شیخ عبای گرانبهائی را که قیمت آن معادل با سی دینار عراقی آن روز بود به رسم هدیه برای شیخ می آورد و دست شیخ را بوسیده با کمال احترام عبا را تقدیم می کند .

روز بعد که به نماز جماعت شیخ شرکت می کند ، می بیند شیخ همان عبای کهنهٔ سابق را بر دوش دارد جلو آمده عرضه می دارد : آقا من آن عبای قیمتی را برای شما آورده بودم ، آخر شما مرجع مسلمین هستید و شایسته نیست با این عبای کهنه ظاهر شوید .

شیخ می فرماید: نفس من راضی به این امور نمی شود بلکه عبا را فروختم و با پول آن مقداری عبا[دوازده عدد] خریده و میان طلاب مستحق تقسیم کردم.

۳ـ تاجری از مریدان شیخ اعظم مبلغی پول می پردازد تا شیخ با آن پول، منزلی تهیه کند سپس خود به سفر حج می رود شیخ اموال را گرفته و با آن مسجدی بنا می کند که هم اکنون نیز مکان درس و بحث است.

هنگامی که آن مرد تاجر از سفر بیت الله الحرام مراجعت می کند به خدمت شیخ درآمده عرض می کند، آقا منزل را خریدید؟

شیخ می فرماید: آری خریدم سپس دست او را گرفته و مسجدی را که ساخته بود نشان می دهد.

مرد تاجر عرض می کند آقا من پول را داده بودم که منزل بسازید نه مسجد.

شیخ می فرماید: چه خانه ای از این مکان مقدس که در آن عبادت خدا می شود بهتر. ماها دیر یا زود این خانه دنیا را رها کرده و به جهان ابدیت سفر خواهیم کرد ولکن مسجد باقی و پایدار خواهد ماند.

آن مرد تاجر علاقه اش به شیخ اعظم مضاعف می شود و ایمان بیشتری پیدا می کند.

آری از این نمونه ها در زندگی پر افتخار شیخ فراوان است، امید آنکه همهٔ ما اینگونه وارسته باشیم.

۶ـ شاگردان شیخ اعظم

شیخ اعظم در طول دوران زعامت علمی، شاگردان والامقامی را به جهان اسلام تحویل داد. بیش از صدها مجتهد در محضر درس شیخ تربیت یافتند.

طبیعی است که استقراء کامل آنها نه ممکن است و نه بر فرض امکان در یک مقاله کوتاه جای می گیرد، لذا به عنوان تیمن و تبرك که[عند ذکر الصالحین تنزل الرحمة] ما به چند نفر از این چهره های درخشان علمی مکتب شیخ اعظم اشاره می کنیم:

۱ـ مرحوم آیت الله سید محمد حسن حسینی شیرازی معروف به مجدّد شیرازی، وی پس از شیخ اعظم زعامت دینی و علمی جهان شیعه را به عهده گرفت.

یکی از قهرمانی های سیاسی ـ اقتصادی میرزای بزرگ شیرازی فتوای تاریخی تحریم تنباکو است که با جمله ای کوتاه، کمر استعمار اقتصادی انگلستان را شکست.

۲ـ مرحوم آیت الله میرزا حبیب الله رشتی معروف به محقق رشتی، این شخصیت بزرگ صاحب کتاب ارزشمند «بدائع الافکار» و آثار دیگر است.

۳ـ مرحوم آیت الله سید حسین کوه کمری تبریزی که از چهره های برجسته مکتب شیخ بود.

۴ـ مرحوم آیت الله شیخ محمد حسین مامقانی آذربایجانی، صاحب حاشیه بر مکاسب.

۵ـ مرحوم آیت الله آخوند ملا محمد کاظم خراسانی، صاحب کتاب ارزشمند کفایة الاصول.

۶ـ مرحوم آیت الله میرزا محمد حسن آشتیانی، صاحب کتاب ارزشمند «بحر الفوائد».

۷ـ مرحوم آیت الله میرزا ابوالقاسم کلانتر تهرانی، صاحب تقریرات درس شیخ اعظم و سایر چهره های برجسته ای که هر کدام در ناحیهٔ خود مشعلی فروزان و نورافکنی قوی برای هدایت جامعه اسلامی به سمت کمال و سعادت بودند.

عاشوا سعیدا و ماتوا سعیدا، حشرهم الله تعالی مع اولیائه المعصومین علیهم السلام.

۷ـ شیوه علمی شیخ اعظم

برخی از دانشمندان متتبع هستند ولی محقّق نیستند و بعضی محقّق غیر متتبعند، ولی پاره ای از علما محقق و متتبع و متتبع محقّق هستند.

شیخ اعظم از گروه سوم است و اگر کسی تنها به دو میراث علمی و اثر گرانبهای شیخ اعظم یعنی رسائل و مکاسب که فهم آنها معیار اجتهاد است مراجعه کند تصدیق خواهد کرد که شیخ اعظم محقّق بی نظیر و متتبعّی کم نظیر بوده و می توان شیخ را در فقه و اصول با صدرالمتألهین در حکمت و فلسفه مقایسه نمود که هر دو بنیانگذار شیوهٔ استدلالی جدید در فن خود هستند و هر دو از عبّاد مخلص حق و از نوابغ بزرگ روزگار بوده اند رحمهما الله تعالی.

شیوه جناب شیخ در مباحث علمی بدین سان است که نخست یک مسئله فقهی یا اصولی را مطرح می سازد و پیرامون آن، به ذکر شعب و اقسام مسئله می پردازد سپس اقوال را در هر بخش می آورد سپس ادّلهٔ اقوال را یک به یک مطرح می کند و با مقدماتی متین و عباراتی شیرین و کلماتی مختصر و مبین، به تحلیل مطلب می پردازد و مطلبی را به قدری تحکیم و تقویت می کند و به عرش می رساند که انسان یقین می کند که حق همین است.

سپس همین مطلب عرشی را تا فرش پائین می آورد و با مقدماتی متین تر از مقدمات پیشین مبنای قبل را منهدم می سازد و با ادّله قوی تری مطلب جدیدتری را عرضه می کند، به گونه ای که در نهایت تعجب، انسان قطع پیدا می کند که مطلب همین است، ولی برای بار سوم شاهد عظمت شیخ می گردد و با بیاناتی رساتر نظر سومی ابراز می دارد.

و همچنین گاهی این شیوه چند بار فراز و نشیب خود را طی می کند و بالاخره هم انسان متحیر می ماند که نظر شیخ در مسئله چه شد؟ سراسر مکاسب شیخ از این روش مالامال است ولی ما فقط به عنوان نمونه یکی از مسائل را اشاره می کنیم: در مبحث معاطات کتاب البیع که الحق یکی از مسائل پیچیده این کتاب است ابتدا معاطات را معنا می کند سپس طرح نزاع می نماید و مقدار زیادی با محقق ثانی و صاحب جواهر جرّ و بحث دارد و هر کدام را به نحوی خدشه می کند.

بالاخره رأی خود شیخ بر خلاف مشهور و بر وفاق محقق ثانی بر ملکیت مستقر می شود، منتهی در ادلّه قائلین به ملکیت که سیره و آیات و عمومِ (الناس مسلطون) باشد خدشه دارد لذا خود دو دلیل دیگر به نام تبادر و اجماع مرکب می آورد و پس از تثبیت قول به ملکیت وارد بحث از لزوم می شود و پیرامون اثبات آن هشت دلیل محکم می آورد و تمام شبهات وارده را دفع می کند ولی پس از آن همه زحمت ورق بر می گردد که قول به لزوم مخالف اجماع است سپس اجماع را جواب می دهد. سپس به این نتیجه می رسد که برای ملکیت لازمه، لفظ معتبر است ولی لفظ خاص و صیغهٔ مخصوصه یعنی ایجاب و قبول لازم نیست بلکه هر لفظی که دآل بر تراضی طرفینی باشد کافی است ولی در پایان با طرح چند حدیث دیگر به این نتیجه می رسد که ملکیت لازمه محتاج به صیغهٔ مخصوصه است و معاطات مفید ملک لازم نیست. و لذا نظر نهائی شیخ بر ملکیت جایزه مستقر می شود.

این بود نمونه ای از عملکرد علمی شیخ اعظم در مکاسب و در رسائل هم از این نمونه بسیار است که جای ذکر آن در این مقاله نیست در خانه اگر کس است یک حرف بس است.

۸ـ آثار علمی شیخ اعظم

شیخ اعظم دارای تألیفات و تصنیفات گرانبهای بسیاری است که مهم ترین آنها عبارتست از دو اثر جاودانه شیخ یعنی رسائل و مکاسب که در اوّلی عصارهٔ اصول و زبدهٔ اقوال را در آن آورده همراه با تأسیس قواعد جدیدی که بر اهل تحقیق پوشیده نیست.

در دوّمی عصاره فقه را در بخش متاجر همراه با آراء و اقوال مذاهب خمسه و استدلالات عمیق و دقیق ذکر فرموده و از روزی که این دو کتاب ارزنده تدوین شد، یعنی سال ۱۲۷۵ تا به امروز یعنی سال۱۴۱۴ هجری قمری، ملاذ و مرجع همهٔ فقها بوده و هست و متجاوز از دهها شرح و حاشیه از سوی محقّقین نامی فقه و اصول پیرامون آن دو نوشته شده و به فرمودهٔ حاجی نوری در مستدرك: و قد عكف علی كتبه و مؤلفاته و تحقيقاته كل من نشأبعده من العلماء الاعلام و الفقهاء الكرام الذين صرفوا هممهم و بذلوا مجهود هم و حبسوا افكارهم فيها و عليها و هم بعد ذلک معترفون بالعجز عن بلوغ مرامه فضلا عن الوصول الی مقامه جزاه الله تعالی عن الاسلام و المسلمين خير جزاء المحسنين.

و امّا سایر تألیفات شیخ اعظم به صورت فهرست وار عبارتند از:

۱ـ

۲ـ

۳ـ رساله ای در تقیه که در آخر کتاب مکاسب چاپ شده

۴ـ رساله ای در رضاع

۵ـ رساله ای در نماز قضای میت

۶ـ رساله ای در مواسعه و مضایقه

۷ـ رساله ای در عدالت

۸ـ رساله ای در مصاهرت و ازدواج

۹ـ رساله ای در قانون من ملک شیئا ملک الاقراربه

۱۰ـ رساله ای در قانون لا ضرر و لا ضرار که تمام اینها در آخر مکاسب چاپ شده

۱۱ـ رساله ای در خمس

۱۲ـ رساله ای در زکاة

۱۳ـ رساله ای در نماز

۱۴ـ رساله ای در خلل در نماز

۱۵ـ رساله ای در ارث

۱۶ـ رساله ای در تیمم

۱۷ـ رساله ای در قانون تسامح در ادّله سنن

۱۸ـ رساله ای در مناسک حج

۱۹ـ حاشیه ای بر مبحث استصحاب کتاب قوانین

۲۰ـ حاشیه ای بر ترجمه نجاة العباد

۲۱ـ حاشیه ای بر حاشیهٔ بغیة الطالب شیخ جعفر کاشف الغطاء

۲۲ـ کتاب طهارت

۲۳ـ کتابی در علم رجال

۲۴ـ اصول الفقه

۲۵ـ رساله ای در ردّ اخباریین مبنی بر اینکه اخبار، قطعی الصدور نیستند

۲۶ـ رساله ای در قرعه

۲۷ـ رساله ای در متعه

۲۸ـ حواشی متفرقه بر کتاب عوائد الایام استادش مرحوم نراقی.

۹ـ حاشیه نویسان بر رسائل و مکاسب

جمع کثیری از فقها و اصولیین زبردست بر دو اثر ارزشمند شیخ حاشیه زده ویا شرح نوشته اند که ما در اینجا به چهره های درخشان این بخش اشاره می کنیم:

۱ـ محقّق رشتی صاحب حاشیه بر مکاسب به نام غایة الآمال

۲ـ محقق مامقانی صاحب حاشیه بر مکاسب به نام حاشیة المکاسب

۳ـ حاج آقا رضا همدانی صاحب حاشیه بر رسائل و مکاسب

۴ـ مرحوم آیت الله سید محمد کاظم طباطبائی یزدی صاحب حاشیهٔ بر مکاسب[حاشیه سید]

۵ـ مرحوم میرزا محمد تقی شیرازی رهبر انقلاب ۱۹۲۰ عراق صاحب حاشیه بر مکاسب

۶ـ مجاهد عظیم الشان مرحوم شیخ محمد جواد بلاغی صاحب حاشیه بر مکاسب

۷ـ محقّق عظیم الشأن آخوند ملا محمد کاظم خراسانی صاحب حاشیه بر رسائل و مکاسب

۸ـ فقیه اصولی و حکیم الهی مرحوم شیخ محمد حسین اصفهانی«کمپانی» صاحب حاشیه بر مکاسب

۹ـ مرحوم آقا شیخ موسی خونساری صاحب حاشیه بر مکاسب

۱۰ـ فقیه متکلم و اصولی بزرگ مرحوم شیخ محمد حسین آل کاشف الغطاء صاحب حاشیه بر مکاسب

۱۱ـ فقیه کامل مرحوم شیخ میرزا فتاح تبریزی معروف به شهیدی صاحب حاشیه بر مکاسب در دو جزء تحت عنوان هدایة الطالب الی اسرار المکاسب.

۱۲ـ محقّق بزرگوار حاج میرزا علی ایروانی صاحب حاشیه بر مکاسب

۱۳ـ مرحوم میرزای آشتیانی صاحب شرح بر رسائل به نام بحرالفوائد

۱۴ـ مرحوم آیت الله العظمی سید محسن حکیم قدس سره صاحب منهج الفقاهة فی شرح المکاسب در دو جلد.

۱۰ـ وفات شیخ اعظم

لقد وقعت الواقعة، لیس لوقعتها کاذبة.

باری پس از عمری مجاهدت و تلاش های طاقت فرسا در غروب غم زده هیجدهم جمادی الثانی در سال ۱۲۸۱ هجری قمری شیخ اعظم دعوت حق را لبیک گفته و از مسافرخانه جهان دنیا به سوی بی نهایت پرواز نمود و آن شب این قلب تپندهٔ امت اسلامی از حرکت ایستاد و این چراغ روشنگر و هدایت کننده خاموش شد.

امّا چراغی را که وی فرا راه حوزه های علمیه روشن ساخته تا ظهور آقا امام عصر علیه السلام همچنان فروزنده باقی خواهد ماند.

شیخ اعظم در حالی از دنیا می رود که از تمام مال و منال دنیا تنها معادل با سه دینار عراقی ترکه دارد. پیکر پاك او را غسل داده و کفن نموده و نماز می خوانند و پس از تشییع جنازهٔ باشکوه در جوار مولایش علی علیه السلام به خاك سپرده می شود.

و بدین سان پرونده حیات ظاهری شیخ بسته شد و باید گفت:

هیهات ان یأتی الزمان بمثله ان الزمان لمثله لعقیم

درود خداوند بر این پاسداران بزرگ اسلام ناب محمدی در طول تاریخ غیبت کبری از کلینی تا شیخ اعظم و از شیخ تا خمینی کبیر رضوان الله و برکاته علیهم اجمعین.

علی محمدی خراسانی

قم ـ ۱۳۶۹/۹/۱۴

بسم الله الرحمن الرحيم

«كتاب البيع»

الحمدللّه ربّ العالمين والصلوة والسلام على محمّد وآله الطاهرين ولعنة اللّه على أعدائهم الى يوم الدين.

همانطور که در آغاز جلد اوّلِ این شرح بیان کردیم، مطالب کتاب قیّم مکاسب در سه بخش تنظیم شده است:

الف: مکاسب محرّمه: این بخش برپنج نوع و یک خاتمه مشتمل بود، و به لطف پروردگار در سه جلد شرح شد.

ب: کتاب البیع: فعلاً این بخش مطرح است.

ج: خیارات: که در ادامهٔ این مباحث، خواهد آمد «انشاء اللّه»

در بخش بیع، قبل از هرمطلبی نکاتی را تقدیم می دارم:

نکته اوّل: چه از دیدگاه شرع مقدّس و چه از نظر عقلاء، عوامل و اسبابِ مملِکّه، فراوان است؛ از قبیل: هبه، صلح، اجاره، بیع، ابراء علی قولٍ، احیاء، سبقت، حیازت و...

ولی در آغاز، مهتمرین و یگانه عاملِ مالکیّتِ انسانها، مسئلهٔ حیازت بوده که او را ام الاسباب المُملکّه دانسته اند، و در تعابیرِ مشهور فقهاء آمده: مَنْ حازَ

مَلکَ، و چنین به نظر می آید که انسانهای اوّلیه از راه حیازت، اشیائی از قبیل آب وزَمین و ... را مالک می شدند، وبعدها کم کم مسئله معاملات و مبادلات، مطرح شد و انسانها آنچه را با حیازت مالک شده بودند، در مواردی به دیگران منتقل می کردند و سایر اسباب مملِکّه تماماً مترتب و متفرع برمسئلهٔ حیازت می باشد.

و امّا اینکه حیازت از چه تاریخی شروع شد؟ شاید همراه و همزمان با تاریخ بشریّت باشد.

نکتهٔ دوّم: بشر موجودی است مدنی بالطبع، ونیازهای فراوان مادّی و معنوی دارد که بدون استمداد و کمک از دیگران، به تنهائی هرگز قادر به تامین آنها نیست.

و از جمله ابعاد احتیاجات بشر که از بدیهیات می باشد، مسئله مبادلات و معاملات است. زیرا چنین نیست که یک انسان آنچه از لباس و خوراك و مسکن و ... لازم دارد، خود به تنهائی واجد باشد، بلکه هرانسانی هنری و مالی دارد که دیگری از آن برخوردار نیست.

اگر مبادلات و نقل و انتقالات نباشد، نظام زندگیِ انسان مختل می شود، ومخصوصاً هرچه زندگی بشر پیشرفت و تکامل علمی و صنعتی پیدا می کند، حجم نیازهای مذکور بیشتر وبه همان نسبت حجم مبادلات هم در جهان گسترده تر می شود.

اینجا است که اگر معاملات و قوانین حاکم برآن نباشد، زندگیِ انسانها زندگی جنگل خواهد بود و هر که قویتر است با زور و قلدری ما یحتاج خود را از دیگران می گیرد و ...

پس ضرورت مبادلات و نیز قوانین عادلانهٔ حاکم برآن کاملاً محسوس است. و بُعد مهمی از عدالت اجتماعی را تشکیل می دهد.

نکتهٔ سوّم: معاملات در طول تاریخ به سه صورت قابل انجام بوده و هست:

۱ـ مبادلهٔ کالا به کالا یا جنس به جنس و بقول فقهاء: عَرَضْ به عَرَضْ، یعنی مثلاً بایع گندم می دهد و پارچه می خرد یا کتاب می دهد، فرش می خرد و ...

۲ـ مبادله کالا به نقد رائج و پول مملکت مثلاً گندم می فروشد و پول نقد دریافت می کند.

۳ـ مبادلهٔ نقد به نقد: در هم می دهد و دینارمی گیرد، لیره می دهد و دلار می گیرد و... که بیع صرف، نامیده می شود.

حال به نظر می رسد که در روزگاران اوّلیه عمدهٔ معاملاتِ مردم از نوعِ اوّل بوده زیرا که نقد رائج نبوده و چیزی به عنوان پول مطرح نبوده [البته بحث از تاریخچهٔ پول مطلب دیگری است.] والان هم کم و بیش در برخی از مناطق محرومِ عالم ـ چنین مبادلاتی رائج است.

ولی پیدا است که این طرز از معامله دشواریهای خاصّ به خود را دارد و ای چه بسا فروشنده نیاز به کالائی که در ازاء جنس به او می دهند نداشته باشد و یا تعیین قیمت کالاها و تعیین اُرُوشْ و قیمت متلفات، مشکل باشد لذا بشر به این فکر افتادکه چیزی را به عنوان نقد رائج و ملاکِ قیمت اشیاء اختراع کند و لذا مسئلهٔ درهم و دینار مطرح شد و... تمام اینها برای تسهیل امر است. وامروزه نوع معاملات از قسم دوّم یعنی کالا به نقد رائج است.

نکتهٔ چهارم: مالفرق بین المال والملک؟ وما النسبة بینهما؟

کلمهٔ مال از مالَ یَمُولُ مولاً مشتّق است و در لغت اینگونه معنی شده: کلّ ما مَلَکْتَ من الاشیاء فهو مال[۱]، یعنی مال عبارتست از هرچیزی که شما مالک و صاحب آن باشید. [در تعریف مال از ملک استفاده شده و کسی را رسد که بگوید: ملک از مال واضحتر نیست که او را معرِّف قرار دهیم، و تعریف

(۱)اقرب الموارد، ج۲، ص۱۲۵۲، مادهٔ مول.

به مساوی یا اخفی صحیح نیست. ولی باید دانست که در تعاریف لغوی و لفظی، جای این اعتراضات نیست.] خواه آن چیز عینی از اعیان باشد یا منفعتی از منافع.
وعند العقلاء قیدی افزوده شده و آن اینکه: آن شیء دارای منفعت مقصوده عند العقلاء، باشد. پس چیزهائی که منافع مقصوده ندارد مثل ذرّات معلّق در هوا، حشرات و... مالیّت هم ندارند.

شرعاً قید دیگری هم افزوده شده که: منافع محلّله داشته باشد پس خمر و خنزیر و... شرعاً مالیت ندارند چون منافعِ غالبه و مقصوده آنها تحریم شده است. وانّ اللّه اذا حرّم شیئاً حرّم ثمنه.(۱)

وامّا ملک: ملکیّت مراتبی دارد: اعلی المراتب آن مخصوصِ واجب الوجود است که ملکیت حقیقی است و آن اینکه: مالِکِ علی الاطلاقِ هستی خدا است و العبد و ما في یده کان لمولاه،

ومرتبهٔ متوسطه از آن مالکیّت نفس ناطقه نسبت به قوا و افعال خویش است. که آیتی از آیات الهی است، ومن عرف نفسه فقد عرف ربّه(۲)

و مرتبهٔ نازلهٔ آن مالکیت انسان نسبت به اشیاء بیرون از ذات او است مثل مالکیت نسبت به خانه، اتومبیل و... که مورد بحث ما است، و حقیقت این ملکیّت عبارت از: عُلقهٔ مخصوص، و نسبت و رابطهٔ ویژه و اضافهٔ خاصّه ای است که میان مالک و مملوك، وجود دارد.

البته در عالَم اعتبار موجود است و در مقام تنزیل، ملکیت مذکور مثل ریسمانی است که یک سرِآن به گردن مالک و سردیگر آن به رقبهٔ ملک بسته شده است. که این اعتبار با عواملی می آید و با عواملی قهری و اختیاری هم می رود. وبحثی است که آیا این ملکیت از مقولهٔ جده است یا از مقولهٔ اضافه؟ که کاری

(۱)عوالی اللئالی، ج۲، ص۱۱۰، حدیث۳۰۱، سنن الدار قطنی، ج۳، ص۷، حدیث۲۰.
(۲)حقائق مرحوم فیض، ص۴۴.

به آن نداریم. میان مال و ملک از نسب اربع، عموم و خصوص من وجه است:

مادّهٔ افتراق مال: در مباحات اصلیّه قبل از آنکه کسی آنها را حیازت نموده مالک شود، مالیّت وجود دارد و عقلاء عالم برای آنها بهاء و ارزش قائلند، ولی ملکیّت نیست، یعنی اینها مال فردِ خاصی نیستند، بل الناس فیها شَرَع سواء، البته همهٔ عالمِ هستی از جمله مباحات اصلیه ملک خدا است، مالک الرّقاب او است. ولی منظور ما مالکیّت انسانها است و مالکیت خداوند در طول مالکیت انسانها و محیط برهمهٔ مالکیّتها است نه در عرض آنها، ولذا اجتماع مالکیّت خدا با انسان محذوری ندارد، آری اجتماع دو مالک در عرض هم، اجتماع مثلین و محال است.

مادّه افتراق ملک: حبّهٔ گندمی از کسی بدون رضایت اگر اخذ کردیم، غصب و فعل حرام و موجب ضمان است، علی الید ماأخذت حتّی تؤدّی، و این همه از احکام ملک است پس حبّهٔ گندم، ملک است ولی مال نیست، چون به تنهائی مقصود عقلاء نیست، عقلاء برای آن ارزشی قائل نیستند. یا یک سانتیمتر از زمین کسی را به زمین خود افزودیم، غاصب بوده واحکام مذکور را دارد و حتّی یؤخذ باشقّ الاحوال، ولی مال نیست چون کسی یک سانتیمتر را خریداری نمی کند، برای آن پول نمی پردازد و...

مادّه اجتماع: نوع اموالی و املاکی که در اختیار مردمان است از لباس و مرکب و منزل و مال التجارة و... هم مالیت دارند و هم ملکیّت.

مادّه ارتفاع: چیزهائی که از لحاظ خسّت و پستی، اعتنائی بدانها نیست و از نظر اقتصادی و مالی روی آنها حساب نمی‌شود، نه مالیّت دارند و نه ملکیّت.

نکتهٔ پنجم: حق چیست؟ حکم کدام است؟ و فرق بینهما چیست؟

امّا حقّ: تعریف جامعی برای آن عرضه نشده، ولی بهترین عبارت شاید این باشد که بگوئیم: حق نوعی اولولیت است، فلانی دارای فلان حقّ است یعنی

اولی به آن امر است.

و از بعض بیانات استفاده می شود که: حق عبارتست از سلطنت فعلی برچیزی بگونه ای که زمام امر آن چیز در دست ذیحق باشد، و وی بتواند آن را اعمال کند، یا اسقاط نماید، یا در مواردی بدیگری منتقل کند،

و امّا حکم: حکم عبارتست از مجعول شارع مقدّس که شامل کلّیهٔ احکام تکلیفیه و وضعیّه می گردد.

و تفاوتی که مشهور بین الحق والحکم آورده اند اینست که:

زمام امر حق در دست صاحب الحق است و قابل نقل یا اسقاط می باشد، ولی ـ زمامِ امر حکم در دست مولی و شارع است و تا موضوع باشد حکم هم خواهد بود، و قابل نقل به دیگری نیست کما اینکه قابل اسقاط هم نیست.

فی المثل اگر اجازه یا ردّ در بیع فضولی حکم باشد، مالک اصلی صد بار هم بگوید: اسقاط کردم، حکم مذکور ساقط نمی گردد.

نکتهٔ ششم: کلمهٔ عین گاهی در مقابل ذهن بکار می رود و به معنای وجود خارجی در قبال وجود ذهن است که در فلسفه مطرح است، و گاهی در مقابل دین بکار می رود که عین یعنی یک امر خارجیِ شخصی و جزئی ولی دین یعنی یک امر کلّی و در ذمّه، و گاهی در مقابلِ منافع و اعمال و حقوق، بکارمی رود و مورد بحث ما همین خواهد بود. و عین در قبال منفعت و... اعمّ است از عین شخصی، مثل: این کتاب، آن ماشین و... و عین کلّی که قابل صدق برکثیرین است ولی بگونه ای است که هر فردی از کلی در خارج یافت شود، عین شخصی و قابل اشارهٔ حسّیه و مکان دار است. و عین کلّی هم اعمّ است از کلّیِ فی المعیّن مانند یک صاع از صُبره و یا کلّی فی الذمّه مانند پیش فروش کردن یک خروار گندم، که مبیع ما کلی است و به ذمّهٔ بایع آمده و از هر کجا که فراهم کند، غرض حاصل شده، و در کلّی در ذمّه هم که به ذمّهٔ شخص مستقرّ می شود، لا فرق که

استقرار آن در ذمّه به نفس همین بیع باشد مثل بیع سلف که مثال زدیم، و یا قبل از بیع و بتوسّط قرض و اتلاف و ... برذمّهٔ شخص مستقر شده باشد،

و در این فرض هم لا فرق که بیع کلّیِ مذکور به همان کسی باشد که مال به ذمّهٔ او است، مثل بیع الدین عَلی من هو علَیه، و یا به دیگری باشد.

نکتهٔ هفتم: چهار چوبهٔ بحث: در کتاب البیع، نخست واژهٔ بیع را از حیث لغت و اصطلاحِ فقهاء، معنی می کنیم، سپس یک تقسیم کلی در رابطه با بیع داریم که دو قسم می شود:

۱ـ بیع فعلی یا معاطات که در واقع تعاطی یا اعطاء و اخذ عملی است.

۲ـ بیع قولی یا بالصیغه که دارای ایجاب و قبول است. و هدف اصلیِ ما است. از آنجا که معاطات نسبت به بیع قولی مختصرتر است، اوّل احکام آن را خواهند آورد، با فروعات و مسائلی که در کنارش مطرح است. و سپس مبسوطاً مباحث بیع قولی را، و آنها را در سه محور اصلی قرار خواهند داد.

۱ـ شرائط عقد یا صیغه و یا ایجاب و قبول.

۲ـ شرائط متعاقدین یا موجب و قابل.

۳ـ شرائط عوضین یا ثمن و مثمن.

و در لابلای بیان شرائط مشارٌ الیها، مسائل و مطالب و قواعد مهمّه ای را به مناسبت مطرح می کنند از قبیل:

مقبوض به عقد فاسد، قانون ضمان مثلی و قیمی، مسئلهٔ ولایت فقیه، مسئله وقف، احکام ارضین و ...

و در خاتمه اشاره به مهمترین آداب تجارت خواهند داشت.

با حفظ این نکات وارد می شویم در تعاریف بیع:

مرحوم شیخ در این مقام برای بیع، هشت تعریف و معنی ذکر می کنند که

یکی لغوی و بقیّه اصطلاحی و مربوط به اصطلاحِ فقهاء است.

امّا معنای لغوی: فیومی در المصباح المنیر گفته: البیع مبادلةُ مالٍ بمالٍ[1]

[نکاتی که در ارتباط با این تعریف مطرح است:

۱ ـ آیا بیع مبادلهٔ مالکین است یا مبادلهٔ ملکیّتها و یا مملوکین و مالین؟ از تعبیر مصباح روشن است که بیع مبادلهٔ مالی به مال دیگر است.

۲ ـ اشکالی به تعریف مذکور شده روی کلمهٔ مبادله که مصدر باب مفاعله است، مفاعله میان دو کس باشد، در حالی که بیع به معنای فروختن کار دو کس نیست، تنها کار بایع است پس خوب بود بجای مبادله، می فرمود: تبدیل یا ابدال مال بمال.

از این اشکال جوابهائی داده شده، که به نظر می رسد بهترین جواب اینست که: بیع مذکور در کلامِ فیّومی در مصباح بیع به معنای مصدری که از فاعل صادر می شود وکار بایع تنها می باشد، نیست بلکه بیع در مقابل اجاره و صلح و نکاح و... واقع شده یعنی این معاملهٔ خاصّه که دو طرف دارد یکی مشتری و دیگری بایع، این مجموعه عبارتست از مبادلهٔ مالٍ بمال

فیومی در صدد تبیین عقد بیع، معاملهٔ خاصّه ای که عرف آن را بیع می گذارد، برآمده نه فقط بیانِ فعل بایع، پس تعریف مذکور، بلاعیب است. و اگر بگوئید:

پس خوب بود بفرماید: البیع والشراء... می گوئیم: بیع به معنای مذکور عَلَم شده و نیازی به آوردن شراء نیست و یا چون اصل در این معامله همان بیع است، جانب آن را برجانب شراء غلبه داده و تغلیبا بیع گفته اند.

۳ ـ کلمهٔ مالٍ بمال تعریف به اعمّ است زیرا مال هم عین را شامل است و هم منفعت را و اجارهٔ نیز مبادلة مالٍ بمال است، صلح نیز در بعضِ موارد چنین

(۱) المصباح المنیر، ج۱، ص۸۷، سطر اخیر.

است و ...

از این اشکال «که مهمّ هم نیست، چون تعریف لفظی است نه حقیقی» بعضی ها جوابَ داده اند که: اساساً مال در اصل لغت به معنای عین است و استشهاد کرده اند[۱] به کلامی از طریحی در مجمع البحرین: المال فی الاصل ملک الذهب والفضّة ثم اطلق ـ علی کلّ ما یتملک من الأعیان[۲]

ولی مشهور طرفدار تعمیم هستند و مال را برعین و منفعت اطلاق می کنند. ولی از راه دیگری ثابت می کنند که مراد از مال اوّل که معوض و مبیع و مثمن می باشد، خصوص عین است. و مرحوم شیخ از همین راه وارد شده و می فرماید:

ظاهر این است که: معوّض در بیع، اختصاص به عین دارد.

[و دلیل این ظهور، دو امر است:

۱ ـ تبادر: از لفظ بیع عندالاطلاق، نقل و تملیک عین، متبادر است؛ و تبادر نشانهٔ حقیقت بودن است پس بیع حقیقت در مبادلهٔ عین است.

۲ ـ **صحت سلب**: لفظ بیع از تملیک منافع، صحت سلب دارد، و کسی که مثلاً سکنای منزل را به دیگری تملیک می کند، صحیح است بگوئیم: هذا لیس ببیع ولی از تملیک عین صحت سلب ندارد بلکه صحت حمل دارد، و در اصول خواندیم که تبادر و عدم صحت سلب یا صحت حمل نشانهٔ حقیقت بودن است.

[البته عین اعم از عین شخصی و کلّی فی المعیّن و کلّیِ فی الذمّه است که قبلاً در نکته ششم گذشت.]

وبرفرض که از تبادر و صحت حمل صرفنظر کنیم می گوئیم: شک می کنیم که آیا بیع برتملیک منافع هم صدق می کند یا نه؟ همین شک ما را بس است و مانع

(۱)مرحوم شهیدی در هدایة الطالب، ص۱۴۸.

(۲)مجمع البحرین، ج۵و۶، ص۴۷۵، ونهایهٔ ابن اثیر، ج۴، ص۳۷۳، مادّهٔ مَوَلَ.

می شود از شمول اطلاقات امضاء البیع در احلّ اللّه البیع و ... زیرا که تمسک به این اطلاقات از قبیل تمسک به عام یا مطلق در شبههٔ مصداقیّه خود دلیل عام یا مطلق است و در علم اصول به ثبت رسیده که: این قسم از تمسّک بالاجماع جایز نیست.]

قوله: فلا یعمّ:

متفرّع براختصاص و حصر مذکور، می گوئیم: پس بیع، ابدال یا تبدیل منافع به غیر منافع را شامل نیست. [یعنی منافع به اعیان را که مثمن منفعت باشد و ثمن عین، شامل نیست. پس به طریق اولی منافع به منافع را شامل نیست.]

قوله: وعلیه:

اصطلاح فقهاء در باب بیع نیز برهمین ظاهر و حصر، مستقرّ شده یعنی آنها هم معمولاً بیع را در نقل اعیان، بکار می برند. [و این مؤید آن دو دلیلی است که آوردیم]

قوله: نعم:

البته در بعضی از کلمات بعض از فقهاء [از قبیل شیخ طوسی از فقهاء امامیه در مبسوط به قول مرحوم شهیدی: الظاهر انّ المستعمل له فیه مثل الشیخ قدس سرّه فی محکّی المبسوط حیث اطلق البیع علی نقل خدمة العبد وقد تبع فی ذلک النص المشتمل علی هذا الاستعمال لا انّه یری جواز کون المعوض من المنافع حتی ینافی ما استقرّ علیه الاصطلاح ولذا لم یتعدّ فی هذا الاستعمال عن مورد النص[(۱)]

و از قبیل مالکیه از اهل سنّت که گفته اند: انه یصلح اطلاق البیع علی نقل

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۴۹، البته این تعبیر در مبسوط نیست و مرحوم نراقی در مستند، ج۲، ص۳۷۱، به شیخ طوسی نسبت داده.

المنافع[1] و از قبيل حنابله از عامّه كه مى گويند: انّ معنى البيع فى الشرع مبادلة مالٍ بمالٍ، او مبادلة منفعةٍ مباحة بمنفعةٍ مباحة على التأييد[2]] كلمۀ بيع در نقل و تمليكِ و مبادلۀ منافع هم استعمال شده است.

قوله: بل يظهر:

نه تنها در كلمات فقهاء بلكه در طوائفى از اخبار، هم كلمۀ بيع در نقل منافع بكار رفته وسه طائفه از اخبار را مى آوريم:

١ ـ مى دانيم كه عبد مدبّر، [عبدى كه مولى به او گفته: انت حرٌّ دبر وفاتى] قابل بيع و شراء نيست، و به مجرّد موت مولى، آزاد مى شود، ولى تا مولى زنده است، منافع و خدمات عبد، ملك مولى است. و مى تواند آنها را تمليك كند و... حال در روايات تعبير شده به: جواز بيع خدمتِ عبد مدبّر، كه كلمۀ بيع را در خدمت يعنى همان منفعت عبد، بكار برده.

[نظير اين روايت: سَكونى عن جعفر عن ابيه عن على عليه السلام قال: باع رسول اللّه صلى الله عليه وآله خدمة المدبّر، ولم يبع رقبته، وروايت ابى مريم و روايت على بن ابى حمزۀ سالم بطائنى[3]]

٢ ـ منزلى است كه كسانى در آن ساكن هستند ولى خود آنها معترفند به اينكه صاحب اصلىِ آن را نمى شناسند، پدران آنها نيز همين را معتقدند، در مورد چنين منزلى روايت مى گويد: خود خانه را نفروشيد ولى سكناى آن را بفروشيد كه سكناى دار، منفعت دار است و در مورد منفعت تعبير به بيع شد. و بيع در نقل منفعت بكار رفته.

[روايت اسحاق بن عمار عن عبد صالح عليه السلام قال: سألته عن رجل فى يده دار

(١)الفقه على المذاهب الاربعة، ج٢، ص١١١.
(٢)الفقه على المذاهب الاربعة، ج٢، ص١٥٢.
(٣)وسائل الشيعه، ج١٦، ص٨٧و٨٨، باب سوّم، حديث١و٢و٣و٤.

لیست لـه، ولم تزل فی یده، وید آبائه من قبله، قد اعـمله من مضی من آبائه انّها لیست لهم، ولا یدرون لمن هی. فیبیعها، ویأخذ ثمنها؟

قال: ما احبّ ان یبیع ما لیس له، ... .

قلت: فیبیع سکناها، او مکانها فی یده، فیقول لصاحبه: ابیعک سکنای، وتکون فی یدك کما هی فی یدی؟ قال: نعم یبیعها علی هذا[1]]

۳ـ اخباری که در رابطه با بیع و شراء اراضی خراجیّه وارد شده [از قبیل اخباری که سابقاً در مسئله سوم از مسائل خاتمهٔ مکاسب محرّمه در جلد سوّم این شرح آوردیم.] که در آنها نیز تعبیر شده بود به شراء ارض خراجی از سلطان، قبالة ارض اهل الذمّة، من یتقبل الارض من السلطان و ... با اینکه رقبهٔ ارض خراجی قابل بیع و شراء نیست، چون ملک همهٔ مسلمین است و تنها منافع آن قابل نقل وانتقال است ومعذلک در این مورد تعبیر به بیع و شراء شده است.

پس هم در کلمات بعض الفقهاء وهم در اطلاقات بعض الاخبار، کلمهٔ بیع برتملیک منافع، اطلاق شده است.

قوله: والظاهر:

مرحوم شیخ می فرماید: این اطلاقات بالعنایة و المجاز و از باب مسامحة در تعبیر است، نه اینکه واقعاً کلمه بیع صدق عرفی براین تملیک داشته باشد. [و به علاقهٔ مشابهت کلمهٔ بیع بکار رفته است.]

قوله: کما انّ:

چنانکه اجاره نقطهٔ مقابلِ بیع است، یعنی لفظ اجاره، در نقل منافع [سکنای دار ـ رکوب دابّه و ...] حقیقت است. وآن معنی متبادر است. ولی در مواردی هم در نقل برخی ازاعیان استعمال شده است، از جمله در مورد ثمره برشجره، که اجارهٔ خود شجره برای آثمار آن بلامانع است. ولی استیجار خود ثمره،

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۵۰، باب اوّل از ابواب عقد البیع، حدیث۵.

اصطلاحاً صحیح نیست. چون قانون اجاره آنست که بابقاء عین قابل انتفاع باشد در حالی که ثمره باانتفاع که همان اکل باشد، تمام می شود و بقاء ندارد. پس اجارهٔ مصطلح نیست و در واقع منظور بیع ثمره است ولی برآن کلمهٔ استیجار اطلاق شده

[و آن این روایت است: فی صحیحة الحلبی: قال تقبل الثمار اذا تبین لک بعض حملها سنة وان شئت اکثر. وان لم یتبیّن لک ثمرها فلا تستاجر[1]

حال اطلاق اجاره هم برتملیک عین، مانند اطلاق بیع برتملیک منافع، اطلاقی مسامحی وبالعنایة والمجاز است.

قوله: وامّا العوض:

تا به حال وضع معوّض یا مبیع در بیع، روشن شد و دانستیم که معوّض اختصاص به عین دارد و منافع را شامل نیست.

وامّا عوض یا ثمن یا چیزی که مشتری در قبالِ مبیع، به بایع می دهد: چهار سئوال و جواب در این رابطه مطرح است:

۱ ـ آیا عوض می تواند عینی از اعیان باشد؟

جواب: آری، قطعاً عین عوض واقع می شود و اصولاً قدر متیقن و مصداق اکمل و فرد متعارف از عوض و ثمن، در خارج ونزد اهل بازار و مبادلات، همین قسم است؛ ونوعاً ثمنی که مشتریان به فروشندگان می دهند عین است، ولا فرق که نقد رائج باشد یا جنس، عین شخصی باشد یا کلی فی المعین و یا فی الذمّه. [این سئوال و جواب در متن مکاسب مطرح نیست چون واضح است.]

۲ ـ آیا می توان در معاملهٔ بیعی، منفعتی از منافع را [از قبیل: سکنای دار، رکوب دابّه، ثمرهٔ شجره و ...] عوض از مبیع قرار داد یا نه؟

جواب: شیخ می فرماید: لا اشکال در اینکه: شرعاً و عرفاً، عوض واقع

---

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۸، باب دوّم من ابواب بیع الثمار، حدیث۴.

شدنِ منفعت بلامانع است.

سرّ مطلب آنست که: منفعت عرفاً و شرعاً مالیّت و ارزش دارد و لذا سکنای دار را اجاره می کنند و... و اگر مالیّت داشت، مبایعه صحیح است، [لانّ البیع مبادلة مال بمال.]

کما اینکه گروهی از فقهاء نیز همین نظر را دارند، از قبیل: علاّمه در چندین مورد از قواعد[۱] و علاّمه در تذکرة[۲] و محقق ثانی در جامع المقاصد[۳].

نه تنها ما و جماعتی طرفدارِ جواز هستیم، بلکه بعید نیست کسی بگوید: لا خلاف فی الجواز، یعنی در جواز وقوع منفعت به عنوان عوض، خلافی نیست.

قوله: نعم:

تنها کسی که به او نسبت داده شده که وی مخالف با مشهور است، مرحوم آقا وحید بهبهانی است، که جناب شیخ جعفر کبیر، معروف به کاشف الغطاء ره در شرح بر قواعدش[۴] به مرحوم بهبهانی نسبت داده که وی در رسالهٔ عملیّه اش که موسوم به آداب التجارة می باشد[۵] با دیگران مخالفت کرده و مدّعی است که در باب بیع عوض ومعوّض هر دو باید عین باشند و منفعت همانگونه که معوّض واقع نشد عوض هم واقع نمی شود.

دلیل این مخالفت: حضرات محشّینِ مکاسب: وجوهی را به نیابت از مرحوم بهبهانی آورده و نقّادی کرده اند.

ولی مرحوم شیخ یک وجه را متعرضند، وآن اینکه: شاید مستمسک جناب آقا وحید تعبیری است که در کلمات فقهاء مشهور و معروف است که می گویند:

---

(۱)قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۲۵.

(۲)تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۲۹۱.

(۳)جامع المقاصد، ج۷، ص۱۰۳.

(۴)شرح قواعد خطّی.

(۵)در اختیار ما نیست.

بیع عبارتست از نقل اعیان و عینها، و خیال کرده که مرادِ مشهور اینست که بیع نقل عین به عین است یعنی هم مثمن و هم ثمن باید عین باشد، پس منافع را شامل نیست.

[مرحوم شهیدی هم در حاشیه همین نظر را اختیار کرده و فرموده:

وهو الحق حیث ان البیع قداخذ فی مفهومه المال فی طرف العوض ایضاً و قد مرّ منع صدقه علی المنفعة.(۱)]

مرحوم شیخ در ردّ دلیل مذکور، می فرماید: منظور مشهور از تعبیر به: البیع نقل الاعیان، این نیست که سرتاپای بیع نقل عین است چه در ناحیهٔ معوض و چه عوض،

بلکه منظور از این تعبیر، بیانِ حالِ مبیع و روشن کردن وضع آن است. که مبیع باید از اعیان باشد، و این تعبیر کاری به عوض ندارد، بدلیل اینکه: مشهور این تعبیر را در مقابل اجاره بکار می برند و برای تفکیک بیع از اجاره می گویند: بیع نقل اعیان است و اجاره نقلِ منافع است.

واجماعی است که در باب اجاره وقتی صحبت از نقل منفعت می کنند منظور مُوَجرْ و شیء متعلّق اجاره و مورد آن است، و کاری به اجرت و مال الاجارة ندارند که آیا عینی از اعیان باشد نقداً او جنساً، یا منفعتی از منافع باشد، پس اجاره نقل منافع است نه یعنی نقل منفعت به منفعت، بلکه تمام نظر به قسمت اوّل است که کار مُوجِر است.

حال به قرینهٔ مقابله می گوئیم: در مورد بیع هم تمام نظر به بیان حالِ مبیع است که از اعیان باشد،

وامّا حکم عوض را متعرّض نیستند، و دلیلی براختصاص و انحصارِ آن

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۴۹، و مراد ایشان از وقدّ مر، مطلبی است که در ص۱۴۸ کتابشان آورده اند.

به عین وجود ندارد و اطلاق مبادلة مالٍ بمالٍ، حکم می کند که: منفعت هم بتواند عوض واقع شود، چون مالیّت دارد.

۳ـ آیا عمل الحرّ می تواند عوض و ثمنُ البیع واقع شود یا خیر؟

[عمل العبد همان خدمات وکارهای او است و در منفعت داخل است، زیرا هر کسی مالک عین عبد است، مالک منافعِ او هم هست، مثل اینکه هرکس مالک دار است، بالتبع سکنای آن را نیز مالک است. و حکم منفعت روشن شد، منافع عبد وخدماتِ او را می توان عوض قرار داد، وکلام در عمل حرّ است از قبیل: خیاطت، نجّارَی، بنّائی و... آیا اینها را می توان عوض قرار داد؟]

جواب: عوض واقع شدن عمل حرّ، دوگونه است:

الف: گاهی بعد از معاوضه برآن است: یعنی ابتدا در یک عقد اجاره حرّ یک ماه مثلاً اجیر شد. که برای کسی کار کند، وعمل او را در مدت مذکور، مستأجر و صاحبکار مالک است و مثل سایر منافع، برای او مالیّت دارد، و وی می تواند همین عمل را عوض بیع قرار دهد. یعنی متاعی را خریداری کند و در مقابل عمل یک ماههٔ اجیرش را عوض بدهد.

ب: و گاهی پیش ازمعاوضه برآنست: یعنی عمل حرّ در اختیار خود او است و او سلطنت براین عمل دارد و به کسی هم اجاره نداده، ابتدا به ساکن می خواهد عمل خود را بهای متاعی قرار دهد یعنی بگوید: این عبارا از شما خریداری کردم و عوض آن را سه روز کار مثلاً قرار دادم،

اینجا محلّ بحث است که آیا عمل الحرّ قبل المعاوضه علیه، عوض واقع می شود یانه؟

مرحوم شیخ جواز و عدم جواز را بردو مبنی مبتنی می کنند، وآن اینکه:

الف: آیا عمل الحرّ پیش از معاوضه برآن، مالیّت دارد؟

ب: ویا مالیّت ندارد وبا همین معاوضه مالیّت درست می شود؟

برخی برآنند که آری مالیّت دارد و به شواهدی استشهاد می کنند از قبیل: مال به هر معنائی که باشد برعمل حرّ صادق است،

وبقول مرحوم شهیدی[۱]: حیث یصدق علیه ما جعلوه معنی المال من انه شيء يُبذل بازائه شيء، او شيء يجری فيه الشحّ او شيء يدّخر لوقت الضرورة والحاجة وغير ذلک من المعانی و لذا يصحّ جعله صداقاً فی النکاح، واخذ العوض بازائه فی الاجارة فیصح جعله عوضاً فی البیع قبل المعاوضة علیه ...

و برخی برآنند که مالیّت ندارد بدلیل اینکه اگر کسی حرّی را حبس کرد و چند روزی او را از کار باز داشت، ضامن نیست در حالی که اگر مالیّت داشت به حکم من اتلف مال الغیر فهو له ضامن، باید ضامن بود. و شواهد دیگری هم برنفی و اثبات اقامه شده که فعلاً مورد نظر نیست.

حال اگر مبنای اوّل را اختیار کردیم و قائل شدیم که عمل الحرّ قبل المعاوضه علیه مالیّت دارد، بلا اشکال می تواند عوض واقع شود

ولی اگر مبنای دوّم را گرفته و قبل المعاوضه آن را مال ندانستیم ولو بنفس المعاوضه مالیّت درست شود، عوض واقع شدنِ آن مشکل خواهد بود.

و وجه الاشکال اینست که: من الممکن که مالیّتی که در عوضین در بیع شرط است، مالیّت قبل المعاوضه باشد نه حین المعاوضه، و از تعریف مصباح هم همین احتمال مستفاد است، زیرا گفت: مبادلة مال بمال، پس اوّل باید مالیّت احراز بشود سپس مبادله انجام پذیرد، و در ما نحن فیه، مالیّت قبلی محرز نیست ولذا بیع مشکل پیدا می کند، و برفرض شکِ در عوض واقع شدن، شک در اصل معامله می کنیم واصالة الفساد جاری می شود، ویا تمسک به اطلاق در شبهۀ مصداقیّۀ دلیل مطلق می شود.

۴ـ آیا حقوق می توانند در باب بیع عوض واقع شوند یا خیر؟

---

(۱) هدایة الطالب، ص۱۴۹.

جواب: مرحوم شهیدی از قول بعض الحواشی[1] سه نظریّه اینجا آورده اند:

۱ ـ صاحب جواهر ره فرموده: حقوق عوض واقع می شوند مطلقاً بدلیل اطلاقات.

۲ ـ مرحوم کاشف الغطاء ره فرموده: حقوق عوض واقع نمی شود مطلقاً.

۳ ـ مرحوم شیخ انصاری در مکاسب تفصیل داده و حقوق را به سه دسته تقسیم کرده اند:

۱ ـ حقوقی که اساساً قابل معاوضه نیستند [یعنی نه قابل نقل و انتقال هستند و نه قابلِ اسقاط، و سرّ این تفسیر آنست که معاوضه برحق و مقابله حق با مال یا در برابر نقلِ آن به دیگری است و یا به ازاء اسقاط آنست، و این حقوق قابل هیچکدام نیستند. پس معاوضه بردار نیستند.] مانند حق الحِضانة [در کتاب جواهر الکلام می خوانیم:

وامّا الحضانة بالفتح والکسر فهی کما فی القواعد و المسالک ولایة و سلطنة علی تربیة الطفل و ما یتعلق بها من مصلحة حفظه و جعله فی سریره و کحله و تنظیفه و غسل خرقه و ثیابه و نحو ذلک ... .[2]] که در قدم اوّل وظیفهٔ مادر است و در قدم دوم اگر او امتناع کرد وظیفهٔ پدر است و اگر پدر هم امتناع کرد حاکم آنها را مجبور به تربیت می کند.

ولی به هرحال حقّ و سلطنتِ مذکور نه قابل نقل وانتقال به دیگری است [مجاناً یا مع العوض] و نه قابل اسَقاط است [مجّانی یا با عوض] [البته مرحوم صاحب جواهر بحث کرده که آیا این حق معاوضه بردار هست یا نه و آیا مادر می تواند در برابر آن اجرت و عوض بگیرد یا نه؟ ...[3]]

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۴۹.

(۲)جواهر الکلام، ج۳۱، ص۲۸۳.

(۳)جواهر الکلام، ج۳۱، ص۲۸۳و۲۸۴.

ومانند حق ولایت و سلطنت و سرپرستی که پدر یا جدّ پدری بر طفل و اموال او دارند و مخصوصِ آنها است که نه قابل نقل به دیگری می باشد و نه قابل اسقاط.

[البته طبق معیاری که سابقاً برای حق و حکم آوردیم، باید گفت: دو حق مذکور در واقع حکم شرعی هستند ولو در ظاهر نامش حقّ است.] و به فرمودهٔ محقق اصفهانی: کحق الولایة والتولیة والنظارة والوصایة[1] حکم این قسم از حقوق آنست که: بلا اشکال عوض در باب بیع قرار نمی گیرند، زیرا که بیع یک نوع معاوضه است، و این حقوق معاوضه بردار نیستند، پس بیع هم ندارند نه عوضاً و نه معوضاً.

۲ـ حقوقی که قابل معاوضه هستند یعنی می توان حق را عوض از چیزی قرار داد و در مقابل آن مالی پرداخت ولی قابل نقل و انتقال نیستند. [و چون در قسم اوّل گفتیم مقابلة الحق بالمال یا در قبال نقل حق است و یا اسقاط آن.

در اینجا اگر اوّلی نبود، منحصر به دوّمی می شود، یعنی این عوض و مال تنها در مقابل اسقاط حق است نه نقل آن به دیگری.] پس قابل نقل نیستند ولی قابل اسقاط هستند. مانند حق الشفعه:

دو نفر که در زمینی بطور مشاع شریک بودند اگر احدهما قبل القسمة حصّهٔ خود را به فرد ثالثی فروخت، آندیگری حق الشفعه پیدا می کند و حق دارد اخذ به شفعه کند و بگوید: اخذتُ بالشفعة وسهمیّه فروخته شده را به ملک خود برگرداند.

حال فروشنده یا فرد ثالث که خریدار است، در قبال حق الشفعه مبلغی به این شریک و ذیحق می دهند تا وی از حق صرفنظر کرده و آن را اعمال نکند بلکه اسقاط کند. ومانند حق الخیار:

دو نفر معامله کرده اند و احدهما تا مدّتی حق الخیار دارد و می تواند معامله

---

(۱) الحاشیة علی المکاسب، ص۵.

را فسخ کند، دیگری که معامله از طرفش لازم است، مبلغی به ذی الحق می دهد تا از اِعمال خیارش بگذرد و آنرا اسقاط کند در اینگونه موارد مالی که در قبال حق داده می شود برای اسقاط حق است نه نقل آن بدیگری زیرا که اینها قابل نقل نیستند [البته منظور نقل اختیاری است و گرنه نقل قهری می آید و اگر ذی الخیار مرد، حق الخیار او را وارث به ارث می برد کما سیأتی مبسوطاً در خیارات.] حکم این قسم هم مثل قسم قبلی است و بلا اشکال عوض البیع واقع نمی شود، بدلیل اینکه: بیع تملیک به دیگری است، و چیزیکه قابل نقل نباشد قابل تملیک هم نیست و چیزی که تملیک بردار نباشد، بیع هم در آن جاری نمی شود.

قوله: ولا ینتقض:

مرحوم صاحب جواهر مدّعی است که حقوق مذکور [حق الشفعه والخیار] قابل نقل و تملیک بردار است و می توانند عوض البیع واقع شوند. و قیاس کرده اینها را به باب بیع الدین علی من هو علیه، بیان ذلک:

زید از بکر صد من گندم طلبکار است. گاهی این دَیْن و ما فی ذمة البکر را به شخص ثالث می فروشد [بیع الدین علی غیر من هو علیه] و بلا اشکال صحیح است. و گاهی آن را به خود مدیون می فروشد. [بیع الدین علی من هو علیه] چنین بیعی هم نزد فقهاء صحیح است. حال صاحب جواهر می فرماید: اگر عوض واقع شدنِ حق الشفعه والخیار در بیع، صحیح نباشد، پس باید بیع الدین هم برمن هو علیه، جایز نباشد. و حیث اینکه بیع الدین به خود مدیون صحیح است، پس باید تملیک و نقل حق الشفعه هم برمن علیه الحق، جایز باشد.

قوله: لانّه:

مرحوم شیخ می فرماید: ما نحن فیه بباب بیع الدین، قابل نقض نیست. زیرا که هیچ مانعی ندارد که بیع الدین برمن هو علیه، تملیک الدین یا ما فی الذمّة به خود مدیون باشد، پس قابل نقل هست، و نتیجه و اثر این تملیک سقوط دین از

ذمّهٔ مدیون باشد،

بیان ذلک: چنانکه در نظائر این مورد خواهد آمد، در واقع در اینگونه موارد ملکیّت آناًمّا می آید و چون معنی ندارد که انسان خودش از خویش طلبکار باشد لذا بدنبال تملیک و حصول ملکیّت، قهراً دین سقوط می کند، ونتیجهٔ تملیک این است. [برخلاف حقوق مورد نظر که قابل نقل نیست و ما لا یقبل النقل لا یقبل التملیک.]

قوله: ولذا:

شاهد اینکه: لا مانع از اینکه انسان چیزی را به ذمّهٔ خود مالک شود و بیع الدین تملیک باشد، مطلبی است که شهید اوّل ره در قواعدش فرموده:

ابراء عبارتست از اینکه: دائن وطلبکار به مَدین و بدهکار بگوید: ابرئتُ ذمّتک، یعنی تو را از بابت دینی که برگردن تو دارم، بریئ الذمّه کردم. و این ابراء مردّد است بین اینکه مستقیماً و بالمطابقه اسقاط الدین از عهدهٔ مدیون است؟ یاابتدا تملیک الدین به خود مدین است ونتیجهٔ آن سقوط قهری دین است؟

[بیان ذلک: حقیقت دین و طلب داشتن کسی از دیگری عبارتست از یک ربط و ریسمانی که یکطرفِ آن بند به داین و طلبکار و در دست او ست و طرف دیگرِ آن بند به مدیون و برذمّهٔ او استَ و ابراء عبارتست از قطع و بریدن این ریسمَان و خالی کردن ذمّهٔ مدیون از دَین، و قطع این ریسمان به یکی از دو صورت قابل تحقق است:

۱ ـ ربط و پیوندِ آن را به مدیون قطع کنیم، و از عهدهٔ او برداریم.

۲ ـ ربط آن را بهَ دائن قطع کنیم و دائن از این ملک رفع ید کند و آن را برای مدیون قرار دهد. حال ابراء اگر بلحاظ اوّلی باشد حقیقتش اسقاط دین از ذمّهٔ مدیون است ولازمهٔ این اسقاط، زوالی ملکیت دائن از دین است. و اگر بلحاظ دوّمی باشد، در واقع تملیک دین به مدیون است و لازمهٔ تملیک، خلوّ ذمّه از دین

و سقوط دین از ذمّه است. و چون از حیث وضع لغوی معلوم نیست که ابراء از قسم اوّل است یا قسم ثانی؟لذا شهید آن را مردّد بینهما قرار داده است. و اگر کسی بپرسد: ثمرهٔ این نزاع چیست؟

می گوئیم: تظهر الثمرة فی باب النذر،

بیان ذلک: کسی نذر کرده: للّه علیّ که به کسی ده من گندم تملیک کنم، وضمناً از فلانی ده من گندم طلبکار است و می گوید: ابرئت ذمتک در اینجا اگر ابراء را همان تملیک بدانیم، این ناذر به نذرش وفاء کرده است. ولی اگر اسقاط بدانیم، وفاء به نذر نشده است.]

کیفیت استشهاد به کلام شهید: اگر تملیک ما فی الذمّة به شخص مدیون صحیح و معقول نبود جناب شهید نمی فرمود: ابراء امرش مردّد است بین اسقاط و تملیک.[1]

قوله: والحاصل:

قیاس ما نحن فیه [حق الشفعه و ...] به بیع الدین علی من هو علیه مع الفارق است وحاصل فرق اینست که: کاملاً معقول است که انسان چیزی را برذمّهٔ خود مالک شود و اثر این مالکیّت سقوط دین از ذمّهٔ او باشد. و چون معقول است پس تملیک و بیع الدین علی من هو علیه، امری صحیح ومعقول است. ولی تسلّط انسان برنفس خویش که هم خود مسلّط باشد وهم مسلّطٌ علیه باشد، غیر معقول ونا ممکن است ولذا عوض قرار دادنِ آنهم در معامله و تملیک و نقل آن هم بدیگری نا ممکن خواهد بود.

قوله: والسرّ:

فلسفهٔ فرق مذکور آنست که: حق الشفعه و مانند آن از حقوق در واقع نوعی سلطنت فعلی است که ذیحقّ بر من علیه الحق دارد [یعنی شریک برشریک

---

(۱)القواعد والفوائد، ج۱، ص۲۹۱، قاعدهٔ ۱۰۲.

دیگر، بایع برمشتری او بالعکس] و چنین چیزی محال است که دو طرف آن [من له الحق ومن علیه الحق] قائم به شخص واحد باشد، یعنی شخص واحد درآن واحد هم من له الحق باشد [چون حق را بعوضٍ مالک شده] وهم من علیه الحق باشد [چون حقِ مذکور علیه خود او است.] از محالات است. [زیرا در آنِ واحد هم حق به نَفع او است و هم به ضرر او و این تناقض و محال است.] و لذا حقّ مذکور از من له الحق به من علیه الحق منتقل نمی شود و ما لا یقبل النقل لا یقبل التملیک فلا یقبل البیع ثمناً ومثمناً.

ولی ملکیّت اینگونه نیست. حقیقت ملکیّت عبارتست از نسبتی بین مالک و مملوك [این جمله دلیل آنست که عندالشیخ ره ملک از مقولهٔ اضافه است.] یعنی رابطه و علقهٔ خاصّه ای است میان مالک [زید] ومملوك [عبد] و نیازی ندارد که حتماً مملوك علیه [کسی که این شخص علیه او مالک باشد] هم باشد تا در نتیجهٔ بگوئیم:

شخص واحد محال است که هم مالک باشد و هم مملوك علیه [هم ملکیّت لَه او باشد و هم علیه او] خیر، این محذور را ندارد و لذا تملیک الدین علی من هو علَیه صحیح است چون بعد از تملیک خود این شخص مالک است و ما فی ذمّته هم مملوك است و دیگر نیازی نیست که خود او هم مملوك علیه باشد تا استحاله ای پیش آید.

پس کاملاً تفاوت باب بیع الدین با ما نحن فیه روشن شد، و قیاس مع الفارق گردید.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: چه در باب ملکیّت و چه حقّ، هر دو فرض قابلِ تصویر است، یعنی هم مملوك علیه ومن علیه الحق باشد، و هم اینها نباشند،

بیان ذلک امّا در باب ملکیّت: آنجاکه زید مالک عبا است. مالک و مملوك

هست ولی من علیه الملک یا مملوك علیه نیست. وآنجا که زید از بکر چیزی طلبکار است اینجا هم مالک هست [دائن] و هم مملوك [ما فی الذمّة یا دین] وهم مملوك علیه [مدیون].

وامّا در باب حقّ: آنجا که شخص زمینی را تحجیر کرده و حق التحجیر پیدا کرده، من له الحق هست [خود شخصِ محجِّر] و حق هم هست [حق التحجیر] ولی من علیه الحق، نیست. و آنجا که حق الشفعة یا خیار دارد هم من له الحق وجود دارد و هم خود حق و هم من علیه الحق پس از این جهت فرقی نیست. گاهی در هر دو باب نیازی به من علیه الملک یا حق داریم و گاهی در هیچکدام حاجتی نیست. ولذا اگر بیع الدین جایز شد، باید عوض شدنِ حقّ هم جایز باشد. و حق با صاحب جواهر است.

و شاید اشاره باشد به اینکه: تنها محذوری که پیش می آید اینست که: مسلّط و مسلطٌ علیه یا من له الحق ومن علیه الحق اتّحاد پیدا می کنند، و اینکه محذوری ندارد،

اوّلاً اینها به دو اعتبار است [مثل اینکه شخص واحد هم موجب است و هم قابل ولی به دو اعتبار] واستحاله مرتفع می شود.

ثانیاً اینها متضایفان هستند و در متضایفان گاهی تغایرعنوانی وجود دارد نه حقیقی، مثل علم و عالم و معلوم که همه متحدّند ولی بالوجوه و العناوین متفاوتند. و ثالثاً سلطنت شخص برخودش که مانعی ندارد بلکه عین واقعیت است. و الناس مسلطون علی انفسهم.

پس با توجه به دو وجهی که برای فافهم آوردیم باید گفت:

حقوق مذکور می توانند عوض البیع قرار بگیرند. و حق با صاحب جواهر است. ولی با بیانی که در رابطه با قسم سوّم از حقوق ذیلاً خواهیم آورد، ثابت می کنیم که خیر، از راه دیگری عوض بودن این حقوق در بیع، باطل است.

۳ ـ قوله: وامّا الحقوق:

قسم سوّم عبارتست از حقوقی که قابل نقل و انتقال اختیاری به دیگران هست [مجّاناً یا با عوض] [واگر قابل نقل بود، به طریق اولَی قابل اسقاط هم هست، ونیازی به آوردن این نبود، لذا مرحوم شیخ نیاورد، ضمن اینکه هدف اصلی ما قبول نقل است نه قبول اسقاط.] مانند حق التحجیر:

[تحجیر عبارتست از سنگ چینی و در اصطلاح فقهاء منظور آنست که انسانی در زمان غیبت بر یک زمین مواتی سبقت گرفته و دور آنرا سنگ چینی کرده، دیواری از گل یا سنگ درست کرده باشد، یا به اصطلاح امروزیها سیم خاردار بکشد، و یا خاکریزی در اطراف آن پدید بیاورد، و یا حتی به قول بعض العامّه علامتی گرداگرد زمینی در نقاط مختلف نصب کند و ... .[1]

وبه فرمودهٔ شهیدین: والتحجیر حولها بحائط من طین او حجر او مرز بکسر المیم وهو جمع التراب حول ما یرید احیائه من الاًرض لیتمیز من غیره او مسناة بضم المیم وهو نحو المرز وربمّا کان أزید منه تراباً و مثله نصب القصب والحجر والشکوك ونحوها حولها[2]] که با انجام کارهای مذکور در واقع زمینه را برای احیاء ارض فراهم کرده و یک حقّ و اولویّتی نسبت به ارض پیدا کرده [حق التحجیر] ولی هنوز مالک ارض نشده زیرا که بالاحیاء مالک می شود [من احیی ارضاً فهی له] و هنوز عرفاً احیاء صدق نکرده است. ولی بعد از تحجیر اولویتی پیدا کرده و تا او از حقّ خود رفع ید نکند، دیگری برآن ارض سلطه پیدا نمی کند.

ومانند حقّ السبق: انسانها در سه امر مساوی اند:

۱ ـ آب

۲ ـ معدن

---

(۱) جواهر الکلام، ج۳۸، ص۵۸.

(۲) اللمعة الدمشقیّة، ج۷، ص۱۶۶.

۳ ـ اماکن عمومی از قبیل: بازار، مدرسه، مسجد، کاروانسرا، و... و هر کس به یکی از این مراکز سبقت گرفته و زودتر از دیگران حجره ای را اشغال کند، نقطه ای ازمسجد یا حرم را اشغال کند، بساطش را در جائی از بازار پهن کند و... به حکم: من سبق الی ما لم یسبقه الیه مسلم فهو احق به، [۱] حق السبق و اولویت پیدا می کند و تا او رفع ید نکرده، حق مذکور باقی است. [۲]

حال این قسم از حقوق، اگر چه قابل نقل و انتقال به دیگری است [مجّاناً یا به عوض] [بخلاف قسم دوّم] و نیز اگر چه در باب صلح [چون باب صلح واسع است، گاهی صلح برعین است و گاهی برمنفعت و گاهی برحقّ.] مقابلهٔ با مال هم می کنند که کسی این حق را در برابر مالی مورد مصالحه در نزاعی قرار دهد.

ولی بحث ما در باب بیع است. وعوض واقع شدنِ این حقوق در باب بیع، دچار مشکل است.

ومنشأ اشکال هم اینست که: در عوضین [هم مثمن و هم ثمن] در باب بیع، هم از نظر لغت مالیّت اخذ و اعتبار شده [مبادلةُ مالٍ بمالٍ] وهم از نظر عرف وعقلاء باید عوضین مال باشند و گرنه معامله را سفهی وَنابخرَدانه می دانند. و هم از دیدگاه شارع باید مالیّت داشته باشد. و هم از دیدگاه فقهاء باید مالیت داشته باشد. آنجا که فقهاء در باب شروط عوضین در بیع می گویند: از جملهٔ شرائط آنست که: عوضین مالیّت داشته باشند، ویا در باب اجاره می فرماید: اجرت ومال الاجاره که عوض منفعت وسکنای داراست، باید ممّا یتموّل باشد.

وظاهر این شرطها انحصار است یعنی منحصراً عوض وثمن باید مال باشد [چون جملهٔ شرطیهٔ مفهوم دارد و آن اینکه: اگر مال نبود بیع صحیح نیست.] پس لغةً وعرفاً وشرعاً وعند الفقهاء عوض باید مالیّت داشته باشد. وبرحق

(۱)مبسوط این مطالب در شرح لمعه کتاب احیاء الاموات، آمده.

(۲)مبسوط شیخ طوسی اوّل کتاب احیاء الموات، و مستدرك الوسائل چاپ قدیم، ج۳، باب اوّل من ابواب احیاء الموات، ص۱۴۹.

التحجير و مانند آن عرفاً مال اطلاق نمی شود پس اینها عوض قرار نمی گیرند. [و برفرض شک در مالیّت آنها شک در صحت بیع پیدا می شود و مجرای اصالة الفساد خواهد بود که اصل اوّلی در معاملات است.]

[حال اگر حقوق قسم ثالث نتواند عوض البیع واقع شود، پس حقوق قسم ثانی بطریق اولی عوضیت نخواهد داشت چون اصلاً قابل نقل هم نیست و برفرض قبولِ نقل هم چون مالیّت عرفیّه ندارد یا مشکوك است. لذا بیع هم ندارد.]

قوله: ثم الظاهر:

مقدّمه: حقیقت لغویّه آنست که: در هر لغتی الفاظی وجود دارد که حقیقت در معنائی بوده و برای معنائی وضع شده است. مانند اسد در لغت عرب که برای حیوان مفترس وضع شده. حقیقت عرفیّه عامّه آنست که: در عرف عامّ اهل لسان هم الفاظی وجود دارد که در اثر کثرت استمال در معنائی حقیقت شده. مانند دابّه در عربی که در لغت به معنای «کلّ ما یدبّ علی الارض» آمده ولی در عرف عامّ برفرس اطلاق می شود.

حقیقت عرفیهٔ خاصه یا اصطلاحیّه آنست که: در عرف دانشمندان هر علمی الفاظی و اصطلاحاتی وجود دارد که در آن فنّ از این کلمات، معنای ویژه ای اراده می شود. مثل معرّف و حجت در منطق، فعل و اسم و حرف در نحو و ...

حقیقت شرعیه آنست که: در استعمالات شارع مقدس لفظی در معنائی حقیقت شده باشد [به وضع تعیینی یا تعیّنی] و مورد نزاعِ اصولیّین است که آیا حقیقت شرعیه ثابت است یا نه؟ حقیقت متشرعیّه هم آنست که در عرف اهل شرع و مسلمانان بعد از پیامبر ﷺ الفاظی از قبیل صلاة وحج و ... در اثر کثرت استعمال در معانی شرعیِ خودشان حقیقت شده باشند.

با حفظ این مقدّمه می گوئیم: نسبت به پاره ای از معانی شارع مقدّس نقش

تأسیسی دارد و معنا یک امر مستحدثی است. از قبیل نوع عبادات، در اینها سخن از حقیقت شرعیه و یا متشرعیّه مهمّ و مطرح است.

ولی نسبت به باب معاملات از قبیل نکاح ـ اجاره ـ طلاق و... شارع نقش امضائی دارد، چرا که اینها از معانی قدیمه بوده و پیش از شریعت اسلام هم در میان مردم رواج داشته، و شارع معنای جدیدی نیاورده، والفاظ مذکور رادر همان معانی لغویّه و عرفیه اش استعمال کرده.

غایة الامر در پاره ای از مصادیق با عرف مخالفت کرده و حکم به بطلان پاره ای از نکاحها، طلاقها، اجاره ها، بیعها و... نموده و احیاناً شرائطی برای صحّت ولزوم معامله افزوده است. ولی اصل ماهیّت، از مجعولات شارع نیست. بلکه از معتَبراتِ عقلائیه است.

حال واژهٔ بیع هم کَه مورد بحث ما است از واژه هایی است که نه حقیقت شرعیه دارد و نه متشرعیه، بلکه به همان معنای عرفی خودش باقی است و سیأتی که احلّ اللّه البیع مراد حلیّت امضائی است ای امضاه و... در عین حال که معنای جدیدی پیدا نکرده و به همان معنای اصلی اش باقی است.

معذلک فقهاءِ عظام در تبیین آن معنا اختلاف نموده و هر کس به سلیقهٔ فقهیِ خودشان عبارتیَ را بهتر و جامعتر دیده و همان را در تعریف بیع آورده اند [و تعاریف مذکور عموماً تعاریف لفظیه است نه حقیقیّه] و در مجموع هفت معنی از زبان فقهاء مطرح شده که فعلاً چهار تعریف مورد بحث و نقّادی است:

۱ ـ شَیخ طوسی در مبسوط(۱) علاّمه در تذکره(۲) ودیگران(۳) فرموده اند:

البیع: انتقال عین من شخص الی غیره بعوض مقدّر علی وجه التراضی.

---

(۱)المبسوط، ج۲، ص۷۶.

(۲)التذکرة، ج۱، ص۴۶۲.

(۳)علاّمه در قواعد، ج۱، ص۲۲۵، وابن ادریس در سرائر، ص۲۱۲.

اشکالات این تعریف:

الف: تعریف به اثر و لازم الشئ است.

بیان ذلک: انتقال عین از بایع به مشتری اثر بیع است و بیع نقل و تملیک است. پس در این تعریف ماهیتّ خود بیع، بیان نشده و لذا شیخ اعظم ره فرموده: فیه مسامحة واضحة.

ب: در تعریف کلمهٔ بعوض مقدّر، آمده یعنی باید عوض مبیع کلاماً مقدّر و تقدیر و اندازه گیری شده و معیّن باشد و گرنه بیع غرری باطل است. و مسئلهٔ معلومیّت عوض و معوض از شروط صحت بیع است و نمی توان امری را که شرط صحت است در تعریف بیع آورد، نخست باید ماهیّت بیع را شناسائی کنیم سپس آن را تقسیم کنیم به صحیح و فاسد و شروط هرکدام و احکام آن را بیاوریم و گرنه جا دارد بگوئیم: چرا سایر شرائط را نیاوردید؟ آیا این ترجیح بلا مرجّح نیست؟

ج: کلمهٔ علی وجه التراضی هم اشاره به یکی دیگر ازشروط صحت بیع است که باید تجارت از روی تراضی طرفینی باشد و گرنه اکراه و اجبار مبطل است. وباز چیزی را که در رتبهٔ متأخره و از شرائط صحت است در تعریف بیع اخذ کرده اید. و این صحیح نیست.

۲ ـ تعریف مشهور: به خاطر اشکالاتی که تعریف قبلی داشت، مشهور[۱] از آن عدول کرده و بیع را چنین تعریف کرده اند: الا یجاب والقبول الدّالاّن علی الانتقال. این تعریف نیز اشکالاتی دارد:

الف: به نظر می رسد که نوعی ناهماهنگی میان تعاریف است زیرا در تعریف اوّل و هکذا در تعاریف بعدی، بیعی که مطرح شده در واقع همان فعل بایع است. ولی در این تعریف، بیعی که مطرح شده [مثل آنچه درمعنای لغوی

(۱)مختصر النافع، ص۱۴۶، الروضة البهیّة، ج۳، ص۲۲۱، و... .

قبلاً از مصباح المنیر عنوان شد] اصل این معاملهٔ خاصه در برابر اجاره و صلح و ... است، ولذا از مشهور می پرسیم: اگر با این تعریف در صدد تعریف کلّ معامله هستید، با سایر تعاریف سازگار نیست و اگر در صدد تعریف بیع تنها و کار بایع هستید، می گوئیم: کار بایع فقط ایجاب و تملیک است نه مجموعهٔ ایجاب و قبول.

[ب: گفتید: الدّالاّن علی الانتقال، در حالی که ایجاب و قبول دالّ بر نقل وانتقال هر دو هستند نه انتقال تنها. پس مسامحه در تعریف دارید.]

ج: شما بیع را از چه مقوله ای می دانید؟

آیا از مقولهٔ معنی می دانید؟ [مدلول ایجاب و قبول است که همان نقل و تملیک اعتباری در عالم اعتبار باشد.] یا از مقولهٔ لفظ تنها بدون اینکه معنائی از آن اراده شود می دانید؟ [مجرّد لفظ بعتُ و قبلت.] ویا از مقولهٔ لفظ به شرط اینکه معنا هم از آن قصد شود می دانید؟ ظاهر تعبیر شما اینست که بیع از مقوله لفظ به شرط قصد معنی است چون گفتید: ایجاب و قبولی که دلالت کننده باشند ... . ولی حق اینست که بیع از مقولهٔ معنی است و ربطی به عالم الفاظ ندارد و عینِ الفاظ نیست، اگرچه گاهی مدلول لفظ باشد و دلیل مطلب آنست که: بیع از امور انشائیّه وقابل انشاء است [انشاآت دو قسمند:

۱ ـ انشاء طلبی از قبیل: صیغهٔ افعل، تمنی ـ ترجّی و ...

۲ ـ انشاء غیر طلبی از قبیل: کلّیهٔ صیغ عقود و ایقاعات و در یک کلام تمام معاملات.] یعنی می توان بیع را انشاء کرد و انشاء عند المشهور ایجاد المعنی با لفظ است که با گفتن بعتُ آن معنی ایجاد می شود [البته در عالم اعتبار و به نظر موجِب] وایجاب و قبول یا الفاظ، انشاء بردار نیستند. [چون انشاء معنی به لفظ معقول است ولی انشاء و ایجاد لفظ به لفظ که معنی ندارد و معقول نیست.] پس بیع، این الفاظ [ایجاب و قبول] نیست.

۳ـ بخاطر اشکالاتی که تعریف قبلی داشت، جناب محقق ثانی در جامع المقاصد تعریف سومی را عرضه کرده و آن اینکه: الاقرب ان البیع هو: نقل الملک من مالک الی آخر بصیغة مخصوصة[1] [البته مرحوم شیخ در مکاسب این را تلخیص کرده و نقل العین بالصیغة المخصوصه را آورده اند.] این تعریف نیز دارای سه اشکال است:

الف: شما بیع را به «نقل» معنی کردید در حالی که واژهٔ نقل، مرادف با بیع نیست تا در تعریف او بیاید. [منظور شیخ اعظم چیست؟ مرادف نیست یعنی اعمّ از بیع است چون برهبه و صلح و اجاره و ... هم صادق است؟ اگر این باشد می گوئیم:

اوّلاً در تعاریف لفظیه، تعریف به اعمّ بلا مانع است.

وثانیا اساساً قانون تعریف اینست که از اعمّ شروع شده و به اخص ختم می شود.

منظور شیخ اینست که: واژهٔ نقل صریح در بیع نیست، و ظهور در آنهم ندارد و از کنایات است و چنانکه در بحث الفاظ عقود خواهد آمد، باید لفظ صریح یا ظاهر باشد نه مجاز و کنایه ولذا نتوان گفت: بیع همان نقل است و الاّ باید بتوان در ایجاب بیع بجای بعتُ، نقلت آورد و نمی شود.]

قوله: ولذا:

شاهد برعدم ترادف نقل با بیع آنست که: علاّمه ره در تذکره[2] تصریح کرده به اینکه:

ایجاب البیع با لفظ نقلت واقع نمی شود زیرا که از کنایات است و ذکر لازم کرده و ارادهٔ ملزوم می کنیم.

ب: تعریف شما جامع افراد نیست، زیرا که کما سیأتی به عقیدهٔ شما

(۱)جامع المقاصد، ج۴، ص۵۵.

(۲)تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.

معاطات هم حقیقةً بیع است [بیع فعلی] ولی تعریف شما با آوردن کلمهٔ بالصیغة المخصوصة، معاطات را خارج می کند، چون در معاطات فقط تعاطی و اعطا و اخذ عملی و خارجی است با نیّت ملکیّت و گرنه صیغه ولفظی نیست.

ج: همانطوری که در اشکال تعریف دوّم گذشت، در اینجا هم می گوئیم: بیع انشاء بردار است «صغری» و نقل به صیغه انشاء بردار نیست، «کبری» [زیرا که انشاء ایجاد معنی به لفظ است و نقل به صیغه قابل انشاء به خود صیغه نیست و گرنه انشاء لفظ با لفظ است که امری نا معقول و بی معنی است.] پس نقل بالصیغه بیع نیست. «نتیجه»

قوله: ولا یندفع:

اگر کسی به نمایندگی از محقق ثانی در صدد دفع اشکال سوّم برآمده وبگوید: منظور محقّق آنست که: بیع، نفس همین نقل است که مدلول صیغه می باشد [نقل و تملیک انشائی و اعتباری.] و بالصیغه بودن در آن دخیل نیست، و اینکه محقّق فرمود: این نقل به صیغهٔ خاصه باشد، برای اینست که: نقل و تملیک مصادیقی دارد:

گاهی در هبه است و گاهی در صلح و گاهی در بیع قولی و گاهی در فعلی و... و صیغهٔ خاصه را که آورد برای تعیین این فرد از نقل «بیع» است نه اینکه مفهوم بیع قید و مقید باشد یعنی نقل بالصیغه که در واقع معنای بعتُ عبارت باشد از: نقلت بالصیغه، تا اشکال شما وارد شود، پس خود نقل است آنهم کاملاً انشاء بردار است.

قوله: لا انّه:

جواب ما اینست که: بالاخره شما این بالصیغه را برای تعیین و تمییز این فرد از نقل [بیع] از سایر افراد آوردید [چنانکه در هر تعریفی فصلی یا عرض خاصه ای می آورند.]

ما می پرسیم: منظور شما از این صیغهٔ مخصوصه چیست؟ اگر منظور خصوص صیغهٔ بعتُ باشد، خواهیم گفت: تعریف شما دوری است، زیرا در مقام تعریف بیع که مادّه و مصدر بعتُ است از بعتُ که هیئت و مادّه دارد استفاده کردید و معنای کلام شما اینست که: بیع نقل به بعتُ است. و ما هنوز مادّهٔ بعتُ را نشناخته ایم، و این دور است چون شناخت بعت بربیع توقف دارد و در تعریف شما شناخت بیع هم بربعتُ متوقّف شده است، و هذا دور.

و اگر منظورتان اعمّ از بعتُ و ملکتٌ و نقلت واعطیت و ... باشد، خواهیم گفت: پس بالصیغة المخصوصه نشد و حق این بود که به مجرّد تملیک و نقل اکتفا کرده و می فرمودید: بیع همان نقل العین بدیگری یا تملیک العین است و آوردن بالصیغة المخصوصه لغو و عبث است.

[البته ممکن است بگوئیم: این اختصاص و مخصوصه بودن در کلام محقّق، اختصاص و حصر اضافی است یعنی منظور بعتُ وملکتٌ و ... است در مقابل وهبتُ، صالحت، آجرتُ و ... و این اشکال که آوردن صیغهٔ مخصوصهٔ لغو است، دیگر وارد نخواهد بود.]

۴ ـ قوله: فالاولی:

پس از نقّادیِ تعاریفِ قبلی، بهترین تعریفی که مرحوم شیخ برای بیع اختیار کرده اند، اینست: «انشاء تَملیک عینٍ بمالٍ»

از آنجا که این تعریف مهمّ است، مقداری به تجزیه و تحلیل آن پرداخته و جنس و فصل آن را بیان می کنیم: چهار کلمه در این تعریف وجود دارد که هرکدام اشاره به مطلبِ یا مطالبی است: امّا لفظ انشاء: نکاتی که در این رابطه قابل طرح می باشند، عبارتند از:

۱ ـ انشاء در مقابلِ اخبار است، اخبار عبارتست از تقریر و تثبیت و حکایت از مطلبی که در زمان ماضی واقع شده یا در زمان حاضر در حال وقوع است یا در

آینده واقع خواهد شد، و در هر حال محکّی عنها وجود دارد که اگر خبر با آن مطابقت کرد، صدق نامیده می شود. وگرنه کذب خواهد بود.

امّا انشاء عبارتست از ایجاد امری از امور به سببی از اسباب که قبلاً موجود نبوده و به نفس این سبب ایجاد می شود و چون ایجاد است پس مطابَق و ما بازائی ندارد که با او سنجیده شود و متصف به صدق و کذب گردد.

حال گاهی لفظ بیع در مقام اِخبار بکار می رود مثل اینکه یک ماه قبل شخص منزلش را فروخته والان به شما می گوید: بعتُ داری. و گاهی در مقام انشاء بکار می رود که با نفس همین صیغه می خواهد انشاء بیع و تملیک و نقل و انتقال، بنماید. بحث ما در بیع انشائی است نه اخباری.

۲ ـ انشاء دارای دو شعبه است:

الف: انشاء طلبی که مفاد آن ایجاد طلب است، از قبیل اوامر و نواهی و تمنّی و ترجّی و استفهام و... که در بَاب عبادَات عمدتاً این نوع از انشاء مطرح است.

ب: انشاء غیر طلبی که مفاد آن ایجاد امری از امور است از قبیل انشاء وقف، وصیت، عتق، زوجیّت، تملیک و... که عمدتاً در معاملات اعمّ از عقود و ایقاعات این قسم از انشاء مطرح است.

۳ ـ انشاء غیر طلبی مثل انشاءِ طلبی، گاهی قولی و به وسیلهٔ قول است یعنی با صیغه و الفاظی آن امر مورد نظَر را انشاء می کند. و گاهی فعلی است یعنی بوسیلهٔ فعلی از افعال چیزی را انشاء می کند مثل معاطات که متعاطیین با داد وستد عملی و عطاء و اخذ خارجی، انشاءِ تملیک و تملک می کنند، کما سیأتی. و هر دو قسمش مورد بحث است.

۴ ـ انشاء غیر طلبی گاهی انشاء عتق است و گاهی انشاء تزویج و گاهی انشاء تسالم و گاهی انشاء تملیک و... از این جهت کلمهٔ انشاء جنس بوده و کلیه عقود و ایقاعات را می گیرد. و فصول بعدی آن را تکمیل می کند.

۵ ـ چرا مرحوم شیخ کلمۀ انشاء را آوردند و به تملیک تنها اکتفا نکردند؟

جواب: برای اینکه تملیک دو گونه است:

الف: گاهی موجِب انشاء تملیک می کند ولی از نظر عرف یا شرع این انشاءِ تملیک واجِد شرائط نیست و لذا موجب نقل و انتقال نمی شود، چنین معامله ای باطل است.

ب: وگاهی انشاء تملیکِ واجدِ شرائط بوده و خارجاً هم مؤثر است چنین معامله ای صحیح خواهد بود.

حال اگر می فرمود: تملیک عین بمال، ما می گفتیم: الفاظ موضوعات هستند برای معانیِ واقعیه و نفس الامریه، پس تملیک هم یعنی تملیک واقعی و حقیقی و مؤثر، و در نتیجه به معاملۀ صحیحه اختصاص پیدا می کرد، و شامل فاسده نمی شد، در حالی که در مقام تعریف، باید کلامی بیاوریم که جامعِ هر دو قسم باشد و آنکه جامع است همان انشاء تملیک است و لذا فرمود: انشاء تملیک، و اگر خواستی بگو: التملیک الانشائی که اعم است از تملیک واقعی و تملیک انشائیِ صِرف.

وامّا کلمۀ تملیک:

اوّلین فصل تعریف است و بدین وسیله انشائهای غیر تملیکی خارج شد از قبیل: انشاء تزویج، عتق، طلاق و اباحۀ تصرّف و صلح کما سیأتی.

وامّا کلمۀ عین: دومین فصل تعریف است و خارج می سازد باب اجاره را که تملیک منفعت است، و باب عاریه را که تملیک انتفاع است و باب حقوق را و...

و امّا کلمۀ بمال: جناب شیخ ره تعبیر به عین نکرد چون قبلاً گفته آمد که: عوض البیع لازم نیست عینی ازاعیان باشد. و تعبیر به عوض هم نکرد چون چیزهائی معاوضه بردار هستند مثل حق التحجیر در باب صلح، ولی مال نیستند و لذا عوض البیع واقع نمی شوند. وبدین وسیله خارج کرد باب حقوق را و نیز

باب هبه را و ... وبالجمله آنکه همهٔ این قیود تعریف را دارد، خصوصِ بیع است.

قوله: ولا یلزم:

مرحوم شیخ می فرماید: هیچکدام از ایرادهای سه تعریف قبلی [که هر کدام سه ایراد داشت و مجموعاً نُه ایراد بود.] بر تعریف ما وارد نیست. و لذا تعریف ما از این جهت برنده است ولی در عین حال، تعریف ما از هشت ناحیه مورد تهدید است و هشت اعتراض قابل طرح است که همهٔ آنها قابل جواب می باشد، و ذیلاً به ترتیب می آوریم:

اعتراض اوّل: شما بیع را به تملیک تعریف کردید و این در صورتی صحیح است که اوّل ثابت کنید که واژهٔ تملیک مرادف با واژهٔ بیع است و می تواند در ایجابِ بیع بکار برده شود، یعنی یا نص در بیع است و یا ظهور در آن دارد و الاّ اگر این ثابت نشود، لفظ ملکتُّ از کنایات یا مجازات بوده و نتوان در باب عقود از آن استفاده کرد، پس تعریف شما موقوف به صحّت کاربرد ملکتُّ در ایجاب بیع است.

جواب: مرحوم شیخ می فرماید: خوشبختانه حق همین است که در باب بیع ما می توانیم ایجاب را با هر یک از دو لفظ بعتُ وملکتُّ، انشاء کنیم و ایندو مترادفان هستند و تفصیل مطلب در مبحث الفاظ العقود خواهد آمد.

اعتراض دوّم: تعریف شما جامع افراد نیست، زیرا که یکی از مصادیق مسلّمِ بیع، عبارتست از: بیع الدین علی من هو علیه [که قبلاً در بیان حقوق، تبیین شد.] و انشاء تملیک شامل این بیع نیست، زیرا تملیک دَین به شخص مدیون، در صورتی صحیح و معقول است که تملّک آن مدیون معقول باشد، و تملک انسان مالی را برنفس خود که خودش علیه خودش مالک باشد خودش از خودش طلبکار باشد، معقول نیست. پس تملیک هم معقول نیست. پس بیع الدین علی من هو علیه، بیع است ولی تعریف شما آن را شامل نیست.

جواب: اوّلاً: چنانکه قبلاً در جواب به صاحب جواهر گذشت، بعداً هم خواهد آمد [در تصویر اموری که ملکیّت آناًمّا می پذیرد.] ما معتقدیم که: مالک شدن انسان چیزی را برذمّهٔ خودش امری معقول است و هیچ مانعی ندارد که انسان چیزی را برخویش مالک شود منتهی این مالکیت بقاء ندارد بلکه آناًمّا است یعنی یک لحظه مالک می شود و نتیجهٔ آن هم سقوط الدین از ذمّهٔ مدیون است. و اگر تملّکِ مذکور معقول شد، پس تملیک از سوی دائن هم معقول خواهد بود، پس در اینجا هم تملیک صادق است و نقضی برما نیست.

تنظیر: زید از بکر یکدرهم طلبکار است، متقابلاً از بکر متاعی خریداری می کند به یکدرهم کلّی و در ذمّه و بعد از آن الان هرکدام از زید و بکر برذمّهٔ دیگری یکدرهم کلّی مالک هستند و بعد دو درهم بطور قهری سقوط می کنند. [تنظیر صرفاً برای سقوط قهریِ ما فی الذمّه است بدون اینکه اسقاطی باشد و هدف از این تنظیر رفع استبعاد در بیع الدین علی من هو علیه است که نتیجه اش سقوط قهری است.]

ثانیاً اگر تملیک دین علی مَن هو علیه، معقول نباشد لازمه اش آنست که بیع آن هم معقول نباشد. واللازم باطل فالملزوم مثله.

بیان ملازمه: ما هرچه تحقیق و تفحص کردیم، غیر از معنای مبادله ـ نقل ـ تملیک و تبدیل و... معنای دیگری عرفاً و لغةً برای بیع نیافتیم، پس بیع وتملیک و مانند آن مساوی و مرادف وهم معنی هستند.

[البته جناب شیخ در اعتراض اوّل به تعریف محقق ثانی فرموند: انّ النقل لیس مرادفاً للبیع... ولی خود ایشان اینجا در جواب از اعتراض دوّم، تصریح دارند به اینکه: بیع و نقل و مانند آنها مترادف هستند و این مناقض با آن مطلب است.]

قوله: ولذا:

شاهد بر ترادف بیع و تملیک آنست که: جناب فخرالدین[۱] فرموده: معنای بعتُ در لغت عرب همان ملکتّ غیری است. حال که این الفاظ مترادف اند پس ملازمه است میان آنها و اگر تملیک غیر معقول بود باید بیع هم غیر معقول باشد.

بیان بطلان لازم: خود معترض قبول دارد که بیع الدین علی من هو علیه معقول است پس بناچار باید بپذیرد که تملیک هم جایز است. و گرنه یک بام و دو هوا می شود.

اعتراض سوّم: تعریف شما مانع اغیار نیست زیراکه معاطات را هم شامل می شود. [معاطات هم انشاء تملیک است، البته انشاء فعلی نه قولی] در حالی که از نظر مشهور، معاطات بیع نیست، و بلکه ادعای اجماع شده بربیع نبودن آن، پس معاطات با اینکه بیع نیست، مشمول تعریف است، پس تعریف شما مانعِ اغیار نیست.

جواب: از قضا معاطات از اغیار نیست، وباید تعریف، شامل او باشد، چرا که به زودی خواهد آمد که معاطات حقیقةً بیع است [البته اگر به قصد تملیک این تعاطی انجام پذیرد، ولی اگر به قصد اباحهٔ تصرّف باشد، بالاجماع، بیع نیست.] و کسانی که منکر و نافی هستند، در واقع نفی ماهیت نمی کنند بلکه یا مراد آنها نفی صحت است یعنی معاطات بیع صحیح نیست، نه اینکه بیع نباشد، ویا نفی لزوم است یعنی معاطات بیع لازم نیست. وبعضی هم که آن را بیع لازم می دانند. [به فرمودهٔ مصباح الفقاهة: لا وجه لدعوی الاجماع علی عدم کونها بیعاً. لانّ صدق مفهوم البیع علیها امر عرفی و لا معنی لقیام الاجماع التعبدی علی امثال ذلک. وانّما مورد الاجماع التعبدّی هو المسألة الشرعیة.

و یضاف الی ذلک انّ جمّاً غفیراً من اکابر الفقهاء ذهبوا الی ان المعاطاة بیع صحیح، بل جملة من المحققین ذهبوا الی کونها بیعاً لازماً و معذلک کیف یمکن

---

(۱)شرح ارشاد الاذهان پدرش علاّمه که خطّی است و چاپ نشده است.

دعوی الاجماع علی عدم کونه بیعاً؟[۱]]

اعتراض چهارم: تعریف شما مانع اغیار نیست، زیرا شما در مقام تعریف بیع به معنای مصدریِ آن یعنی کار بایع، هستید، در حالی که تعریفتان شاملِ شراء که کار مشتری است، هم می شود.

بیان ذلک: هنگامی که مشتری متاعی را از شما خریداری می کند و عوضِ آن را عینی از اعیان [نقدیا جنس] قرار می دهد، براین خریدن و کار مشتری هم صدق می کند که: انه تملیک عین بمالٍ. پس تعریف مانع اغیارنیست.

جواب: هر یک ازبیع و شراء یک معنای اصلی و مطابقی و استقلالی دارند و یک معنای فرعی و تبعی و لازم، دارند و مقصد اصلیِ ما معنای استقلالی است.

امّا البیع: معنای اصلی و واقعیِ آن همان تملیک عین به مال است، ولازمهٔ تملیک کذائی، تملّک عوض و ثمن است.

وامّا شراء به عکَس بیع است یعنی معنای اصلیِ آن تملّک مبیع از سوی مشتری است و لازمهٔ آن عبارتست از تملیک ثمن به بایع، که معنای تبعی است.

[به فرمودهٔ مرحوم شهیدی: اقول: لیس المراد من الضمنیّة ما یدلّ علیه اللفظ تضمّناً قبال المطابقة والالتزام اذ ربما ینعقد البیع بدون اللفظ کما فی المعاطاة بل المراد منها کون التملیک وسیلة الی ما هو المقصد الاصلی قبال کونه اصلاً لتعلّقه بالمقصد الاصلی فکل ما کان من قبیل المقاصد فهو المبیع و صاحبه المملّک بالاصالة وهو البایع وکل مال کان من قبیل الوسائل فهو الثمن و صاحبه المشتری والمملّک بالتبع و لاجل التوسل الی المقصد.

ویدلّ علی ذلک اصل الحکمة في مشروعیة البیع و هی انّ نوع الانسان غالباً یحتاج الی ما في ایدی الناس ویشتهیه لعدم نهوض کل شخص بکلّ ما یحتاج الیه فکلّ شيء کان مقصده فهو المبیع الا انّه لما لا یحصل مقصوده مجاناً یتوسل الیه

(۱)مصباح الفقاهة، ج۲، ص۶۰.

بشيءٍ وهو الثمن و بهذا يمتاز البايع عن المشترى[1]] حال معنای اصلی و مطابقیِ شراء عبارتست از: تملّک مثمن و امّا تملیک ثمن به بایع، معنای تبعی و غیر مقصود اصلی است. پس تعریف مذکور، شراء را شامل نمی‌شود، و مانع اغیار است.

قوله: ولذا:

شاهد براینکه: شراء حقیقتاً تملک است نه تملیک آنست که: چنانچه در الفاظ عقود خواهد آمد: شراء بالفظ ملکتّ واقع نمی‌شود، چه شراء و قبول مقدم بر ایجاب باشد مثل اینکه اوّل بگوید: اشتریت و بعد فروشنده بگوید: بعتُ ولی مشتری نمی‌تواند ملکتّ بگوید و چه ایجاب مقدم برقبول باشد که متعارف و معمول همین است باز شراء بالفظ ملکتّ واقع نمی‌شود، در حالی که اگر شراء هم حقیقتاً تملیک بود باید به لفظ ملّکتُ واقع می‌شد.

اعتراض پنجم: قوله: و به یظهر:

معترض می‌گوید: بازهم تعریف شما مانع اغیار نیست زیرا که باب استیجار العین بالعین را هم شامل است، در حالی که نباید شامل شود.

بیان ذلک: در باب اجاره کار موجر عبارتست از ایجار العین و تملیک المنفعة، مثلاً سکنای دار را یکساله به کسی تملیک می‌کند و متقابلاً کار مستأجر اینست که در قبالِ منفعت و سکنی یا منفعتی از منافعِ تحت اختیار و ملکیّت خویش را به موجر تملیک می‌کند که مورد نقض ما نیست، و یا عینی از اعیان را مال الاجاره و اجرت وعوض سکنی قرار می‌دهد [چه نقد رائج و چه جنس]

در این فرض براستیجارِ مستأجر هم تملیک عین [اجرت] در مقابل مالی که همان منفعت و سکنای دار باشد صدق می‌کند پس کار مستأجر هم انشاء تملیک عین به مال است، و تعریف البیع برآن صادق است، پس مانع اغیار نیست.

---

(۱) هدایة الطالب، ص۱۵۳.

جواب: نظیر جوابی که از اعتراض چهارم داده شد، از این اعتراض هم داده می‌شود، و قول مصنف: حیثُ انّ... بیان جواب و وجه ظهور اندفاع این ایراد است و آن اینکه: معنای مطابقی و حقیقیِ استیجار همانا تملّک منفعت از موجر است و چون مجّاناً تملّک نمی‌کند بلکه معاوضه در کار است، قهراً لازمهٔ آن و معنای تبعیِ آن هم عبارت می‌شود از: تملیک عوض و عین به موجر در قبال منفعت. و بحث ما در معنای اصلی و استقلالی و حقیقیِ واژه‌ها است نه معنای تبعی و لازم المعنی. پس تعریف مانع اغیار است.

اعتراض ششم: باز هم معترض می‌گوید: تعریف شما مانع اغیار نیست، زیرا که بعضی از انواع صلح را شامل است، بیان ذلک:

[مقدّمة: صلح آن است که انسان با دیگری در امری که مورد اختلاف است یا امکان دارد مورد اختلاف و نزاع واقع شود توافق کند که مقداری از مال یا منفعت یا حق خود را بدیگری واگذار نماید، یا از طلب یا حق خود بگذرد که او هم در عوض مقداری از مال یا منافع خود را به او واگذار نماید یا از طلب و حق خود بگذرد، و این را صلح معوض می‌نامند، و اگر این واگذاری بدون عوض باشد «صلح غیر معوض» نام دارد و هر دو صحیح است.]

یکی از بخشهای صلح، صلح برعین است، به این صورت که مُصالح می‌گوید: صالحتک علی ان یکون الکتاب مثلاً لک و در قبال آن منفعتِ فلان، مال من باشد. متصالح هم می‌گوید: قبلتُ... حال این ایجاب مصالَح هم انشاء تملیک عین [کتاب] در مقابل مال [منفعت یا هر چیزی که مالیّت دارد و از متصالح به مُصالح می‌رسد.] است. پس تعریف البیع چنین موردی را شامل است.

قوله: وبالهبة المعوضه:

اعتراض هفتم است که بعد از جواب اعتراض ششم تبیین خواهیم کرد.]

جواب : اصولاً معنای حقیقی صلح تملیک نیست [چه تملیک منفعت و چه عین و چه امری از امور دیگر، چه تملیک مجانی و بلا عوض وچه تملیک علی وجه المعاوضة و المقابلة .] بلکه معنای اصلی و حقیقیِ صلح عبارتست از : تسالم یعنی توافق، سازشکاری، با یکدیگر کنار آمدن وغائله را ختم کردن، هردو طرف یا یکطرف کوتاه آمدن. [به قول مرحوم شهیدی : لعلّ مراده انّ معناه التجاوز عن المال المتعلّق به الصلح والاعراض عنه. لکن في الجملة وبالنسبة الی شخصٍ خاص بالجملة و بالنسبة الی کل احد فالمال الّذی یاخذه المصالح عن المتصالَح في مورد الصلح المعاوض انّما یاخذه في قبال رفع الید و الاعراض فی تملکه المتصالح بالحیازة مثل المباحات فالصلح لیس من باب التملیک اصلاً بل من باب الاعراض و تملک المتصالح المتعلّق الصلح من سنخ تملکِ المباحات الاصلیة ولیس فیه شائبة قبول التملیک اذالمفروض انتفاء التملیک . [1]

و مرحوم شیخ در بخش مکاسب محرّمه در آخر النوع الاوّل و چند سطر مانده به النوع الثانی، مطالبی داشتند که مؤیّد توجیه جناب شهیدی در ما نحن فیه است. ولی دیگر محشّین و مقرّرین این مطلب را نگفته اند بلکه مستقیماً صلح را انشاء تسالم دانسته اند.] حال معنای حقیقی و اصلیِ بیع : انشاء تملیک عین به مال است، و معنایِ حقیقیِ صلح : انشاء تسالم است نه انشاء تملیک، پس این نقض هم وارد نیست.

قوله : ولذا :

در ادامه مرحوم شیخ سه شاهد می آورند برای اینکه معنای صلح تسالم است نه تملیک :

الف : اگر صلح به معنای تملیک بود باید بنفسه و بدون حرف جر به مصالح علیه متعدی شده و باید بتوان گفت : صالحتک هذا، ... چنانکه در باب بیع

(۱)هدایة الطالب، ص۱۵۳ .

و تملیک، بدون حرف جر متعدّی به مال می شوند و می گوئیم: بعتک هذا... ملّکتک هذا... در حالی واژهٔ صالحت در استعمالات عرب حتماً با حرف جر استعمال می شود و گفته می شود: صالحتک علی کذا. پس صلح مرادف با تملیک نیست.

قوله: نعم:

آری گاهی و در بعض موارد، صلح متضمّن تملیک است یعنی مثل باب شراء که قبلاً بیان شد، در اینجا هم تملیک ضمنی است یعنی فائده و نتیجه و اثر و لازم صلح وتسالم و سازش عبارتست از تملیک عین به عوض، نه اینکه صلح همان تملیک باشد و معنای مطابقیِ آن تملیک باشد.

ب: قوله: والّذی یدلكّ:

شاهد دوّم براینکه صلح همان تملیک نیست: صلح در موارد مختلفی کاربرد دارد که در مجموع پنج مورد است:

۱ ـ گاهی متعلّقِ صلح، عینی از اعیان است. مثلاً مصالح کتابی یا زمینی و... را در مقام مصالحه به متصالح واگذار می کند. در چنین فرضی نتیجه و فائده صلح وسازش، عبارتست از تملیک عین به متصالح و تملّک عین از سوی متصالح چه او هم عوض بپردازد [صلح معوض] و یا نپردازد [صلح غیر معوض]

۲ ـ و گاهی متعلّق صلح، منفعتی از منافع است. مثلاً سکنای دار را مورد مصالحه قرار داده و برای رفع نزاع از خیر آن تا مدت معینی می گذرد، در اینجا نتیجهٔ و فائدهٔ صلح عبارتست از تملیک منفعت به متصالح، چه با عوض و چه بی عوض.

۳ ـ و گاهی متعلّق صلح مجرّد انتفاع است. [منفعت همان نماء و فائدهٔ عین است مثل سکنای دار، ثمرهٔ شجره و... ولی انتفاع فعل انسان و منتفع شدن و بهره برداری از عین است و ای چه بسا انسان مالک منفعت نیست که بتواند آن را

بدیگری تملیک کند و ... ولی مسلّط برانتفاع است و حق دارد خودش از عین بهره برداری کند في المثال میهمان مالک طعام نیست ولی انتفاع از طعام برای او مباح است. یا در عاریه، مستعیر مالک عین یا منفعت نیست ولی حق دارد از عین، استفاده کند.]

در چنین فرضی فائده و نتیجهٔ صلح همان نتیجهٔ عاریه است. و فائدهٔ عاریه مجرّد تسلیط برعین به منظور انتفاع است و نه تملیک آن [میان ملکیت و سلطنت عموم و خصوص من وجه است: مادّه اجتماع: غالب موارد نسبت به اموالی که انسانها دارند و در تحت تصرف آنها است هم ملکیت موجود است و هم سلطنت. مادّهٔ افتراق از ناحیهٔ ملکیت: در مورد محجورین، از قبیل صغار، مجانین، سفهاء، مفلّسین، راهن و ... ملکیت هست و اینها مالک اموال خود هستند ولی سلطنت فعلیه نیست و خود آنها مستقیماً حق تصرف ندارند.

مادّه افتراق از ناحیه سلطنت: اولیاء ایتام، اوصیاء براموال میّت، حاکم شرعی نسبت به مجانین و محجورین، والد نسبت به ولد، مستأجر نسبت به عین، مستعیر نسبت به عین عاریه، میهمان نسبت به طعام و ... در تمام اینها سلطنت هست ولی مالکیّت نیست.]

۴ ـ و گاهی متعلّق صلح، حقّی از حقوق است [حقوقی که هم قابل نقل و هم قابل اسقاط هستند از قبیل: حق التحجیر، و یا حقوقی که لا اقل قابل اسقاط هستند، کحق الشفعه و ...]

در چنین فرضی فائده و نتیجه تصالح و تسالم برحقّ، در بعض موارد، اسقاط حق است «مثل حق الشفعه» و در بعض موارد انتقال حق به متصالح است «مثل حق التحجیر»

۵ ـ و گاهی هم متعلّق صلح صرفاً تقریر و تثبیت و ثبوت قراری بین المتصالحین است، فی المثل دو نفر با هم عقد شرکت خوانده و مشترکاً سرمایه

گذاری کرده اند تا با این سرمایه به تجارت بپردازند، حال در موردی میان آنها نزاعی پیش آمده که فلان تجارت را بکنند یا نه؟ یکی از آندو موافق است وآندیگری نگران و مخالف، که مبادا ضرر کنند، در این گیرودار، آنکه موافق نیست می گوید:

رفیق من، صالحتک علی ... یعنی من با تو مصالحه می کنم براینکه: تو اقدام بکن و این تجارت را انجام بده ولی من صاحب رأس المال خودم باشم و اگر سودی پیدا شد از آنِ تو باشد، واگر ضرری هم حاصل شد، خودت متحمّل باشی، طرف هم قبولَ می کند. فائده و نتیجهٔ این صلح، صرفاً ثبوت قراری بین الطرفین است که بعداً طبق آن قرار عمل می شود.

قوله: فلو کانت:

ملاحظه فرمودید که: موارد بکارگیری صلح مختلف و متعدد شد «۵ مورد» حال در نحوهٔ استعمال صلح در این موارد، سه احتمال وجود دارد:

۱ـ در بعض از این مفادات و معانی حقیقت باشد و در بقیّه مجاز باشد.

این احتمال باطل است، زیرا ترجیح بلا مرجح است، و ما نمی دانیم که کدام معنی را حقیقت و کدام را مجاز قرار دهیم؟!

۲ـ در تمام این معانی حقیقت باشد، یعنی لفظ صلح برای پنج معنا وضع شده، الف: تملیک عین ... ب: تملیک منفعت ... ج: تملیک انتفاع و ...

و در نتیجه مشترك لفظی میان پنج معنی است. این احتمال هم واضح البطلان است، زیرا که اشتراك لفظی دلیل می خواهد و ما دلیل برآن از تبادرِ خاص و نص اهل لغت و ... نداریم و برفرضِ شک، از اصل عدم اشتراك استفاده می کنیم.

۳ـ واژهٔ صلح در تمام این موارد یک معنی و مفهوم حقیقی بیشتر ندارد، وآن تسالم است که بالمطابقه و بالاصالة برآن دلالت می کند، ولی این تسالم در

هرکجا لازمی و اثری دارد که بالتبع برآن دلالت می کند، گاهی نتیجه اش تملیک عین است و... که در ضمن پنج مورد جدا جدا ذکر شد. و وقتی دو احتمال قبل باطل شد، این احتمال متعیّن خواهد بود.

قوله: فالصلح:

در واقع مطالبی که تا به حال از موارد مختلف صلح آوردیم، زمینه سازی برای این فراز بود، وآن اینکه: مادّهٔ نقضِ معترض، به باب صلح برعین به نوع صلحِ معوض بود، وجوابش اینست که: صلح برعین در مقابل عوض و مال، مستقیماً و بالمطابقة تملیک نیست تا نقض برتعریف ما باشد، بلکه معنای اصلیِ آن تسالم و توافق، و لازمهٔ مصالحه برعینی از اعیان به نوع صلح معوّض، آنست که: متصالحِ، مالک عین شود، وتملیک عین به عوض، ضمنی و تبعیِ و لازم المعنی الاصلی است.

پس تعریف ما مانع اغیار هست.

۳ـ قوله: ومن هنا:

شاهد سوّم: در باب اقرار این نکته مسلّم است که اگر یکی از طرفین دعوی در محکمه و نزد قاضی از خصم خود یعنی طرف دیگر نزاع، تقاضا کرد که این منزل را که مورد نزاع ما است، به من بفروش، و طلب تملیک نمود، فقهاء فرموده اند: این طلب تملیک، اقرار به مالکیّتِ خصم است. و اقرار العقلاء علی انفسهم جائز[1].

ولی اگر تقاضای مصالحه کرد و گفت: حالا که قبول نداری، من از تو تقاضا می کنم که با هم مصالحه کنیم، تا نزاع ختم شود. احدی نگفته که طلب صلح هم اقرار به مالکیت خصم بوده و به نفع او تمام می شود. حال اگر صلح همان تملیک بود پس باید طلب صلح هم طلب تملیک باشد و در نتیجه اقرار

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۶، ص۱۳۳، باب سوم از ابواب اقرار، حدیث۲.

به نفع خصم باشد در حالى كه طلب صلح طلب تمليک نيست، پس در واقع صلح همان تمليک نيست. وهو المطلوب، پس باب صلح هم نقضى برتعريف ما نيست.

اعتراض هفتم:

قوله: وامّا الهبة:

معترض مى گويد: باز هم تعريف شمامانع اغيار نيست زيرا كه باب هبهٔ معوضه را هم شامل است، در آنجا هم وقتى واهب مى گويد: اين انگشتر را به شما هبه كردم به شرط آنكه شما هم ساعت يا تسبيح خودتان را به من هبه كنيد، واهب با گفتن و انشاء هبهٔ كذائى، در واقع تمليک عين «انگشتر» به مال «ساعت» كرده و تعريف بيع اين باب را شامل است در حالى كه نبايد شامل شود.

جواب: [مقدّمه: مرحوم شهيدى فرموده: قد تطلق الهبة و يراد بها ما يرادف العطية وهو صرف تمليک المال بلا عوض فتشمل الهدية والجائزه والنحلة والصدقة والوقف و بهذه الملاحظة عبّر عنها في الشرايع بكتاب الهبات بل تشمل الوصيّة أيضاً وقد يطلق ويراد بها ما يقابل المذكورات و هو تمليک المال ملكاً طلقاً منجزاً بلا عوض بازاء المال الموهوب من غير اشتراط بالقربة غير ملحوظ فيه عنوان آخر وراء التمليک، فيخرج الوقف لعدم كونه تمليكاً اصلاً أو لعدم كونه طلقاً والصدقة لكونها مشروطة بالقربة والوصية لكون التمليک فيها معلّقاً على الموت والهدية اذ يلاحظ فيها ارسال شيء إلى شخصٍ بقصد التكريم والتعظيم.

وكذا الجائزه لانّها الاعطاء من سلطانٍ أو والٍ و نحوهما بلحاظ خصوصية في المجاز من عمل او وصف و امّا النحلة فقد يقال انها مرادفة للهبة بالمعنى الثاني والظاهرمن بعض الاخبار مغايرتها لها ولعلّه لانّها تمليک خصوص العقار للاولاد أو مطلق الأرحام لادارة معاشهم شفقة عليهم. وكيف كان فالهبة بالمعنى الاخص

تملیک مجّاني، لم یلحظ فیه خصوصیة عنوان آخر[1]]

حقیقت امر اینست که: اصلاً هبه تملیک معاوضی و مقابله ای نیست تا تعریف ما او را شامل شود بلکه تملیک مجّانی است.

بیان ذلک: در باب هبه سه صورت وجود دارد. [البته محشّین سه صورت دیگر هم افزوده اند که ما را با آنها کاری نیست.]

۱ ـ گاهی هبه از نوع هبهٔ غیر معوّضه است. یعنی فرضاً زید به بکر مالی را هبه می کند و هدیه ای برای او ارسال می کند، و در مقابل بکر هیچ چیز به زید هبه نمی کند. در این فرض پرواضح است که: هبهٔ زید تملیک مجّانیِ عین است و مقابل و عوضی ندارد.

۲ ـ و گاهی از نوع هبهٔ معوضه ای است که در ضمن آن شرط عوض نشده، یعنی دوستی به دوست خودش بدون چشم داشت عوض مالی را هدیه می کند صرفاً به قصد اینکه: تهادوا تحابّوا[2] و... ولی دوست دیگر هم به حکم: هل جزاءِ الاحسان الا الاحسان[3] هدیه ای برای واهب می آورد و چیزی را به او هبه می کند، در این فرض هم دو تملیک مجّانیِ مستقلّ و بی ارتباط به یکدیگر و بدون اینکه معاوضه ای مطرح باشد و یکی عوض دیگری باشد، صورت گرفته و انشاء تملیک عین به عوض، صدق نمی کند.

۳ ـ و گاهی هبه از نوع هبهٔ معوضه ای است که در ضمن آن عوض هم شرط شده، یعنی واهب به متّهب گفته: این مال را به شما هبه کردم به شرط اینکه شما هم متقابلاً آن شیء را به من هبه کنید، که ضمن عقد هبه، شرط عوض شده است.

مادّه نقض همین صورت است که مستشکل می گوید: هبهٔ واهب با شرط

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۵۳.

(۲)فروع کافی، ج۵، ص۱۴۴، باب الهدیه، حدیث۱۴.

(۳)سورهٔ الرحمن، آیه۶۰.

مذکور، انشاء تملیک عین در برابر عوض است، و تعریف بیع آن را شامل است پس مانع اغیار نیست.

ولی مرحوم شیخ می فرماید: حتّی در همین فرض هم حقیقت هبه، تملیک علی وجه المقابلة والمعاوضه نیست، تا مادّهٔ نقضی باشد. بلکه بازهم هبهٔ واهب، یکنوع تملیک مجّانی است.

بدلیل اینکه: اگر تملیک بروجه مقابله و معاوضه بود، و چیزی که متهبّ می داد در واقع عوض چیزی بود که واهب می داد، باید قانون معامله بر او پیاده می شد، و قانون معامله اینست که عوضین در عرض هم بوده و امکان ندارد که یکی از دو طرف، مالکِ یکی از عوضین بشود مگر اینکه همزمان آندیگری هم مالکِ عوضِ دیگر شود.

فِی المثل مشتری وقتی مالک مثمن می شود که همزمان بایع هم مالکِ ثمن گردد و مبادله یعنی جابجائی ملکها ومالها در عرض هم، ومعقول نیستَ که مشتری حین العقد مالک شود ولی بایع بعدها مالکَ ثمن گردد.

در حالی که قانون مسلّم و لازم لا ینفک معاوَضه که ذکر شد، در باب هبه پیاده نمی شود، زیرا در باب هبه احدی از فقهاء نگفته است که به مجرّد اینکه متهبّ یا موهوب له، مال موهوب را از واهب گرفت وبتوسط هبه مالک شد، همزمان با آن، واهب هم عوض مشروط در هبه را از متهبّ مالک می شود، خیر تا متهبّ بدست خود آن مال را ندهد و تملیک نکند، واهب مالک نیست. و چنان هم نیست که هبهٔ واهب باطل گردد.

بلکه اگر متهبّ به شرطش وفا نکرد والمؤمنون عند شروطهم را نادیده گرفت، فوقش برای واهب حق الخیار تخلّف شرط پیدا می شود و می تواند از هبه ای که کرده رجوع کند و می تواند هم رجوع نکند.

[و وقتی قانون مسلّم معاوضه در باب هبهٔ معوضه، پیاده نشد، ما از نبود اثر

نبود مؤثر را کشف می کنیم یعنی به این نتیجه می رسیم که پس هبه مطلقاً چه معوض و چه بلا عوض معوّض هم چه با شرط ضمنیِ عوض و چه بدون آن، تملیک معاوضی نیست بلکه تملیک مجّانی است و در نتیجه تعریف بیع آن را شامل نیست.]

قوله: فقد تحقّق:

از مطالبی که در رابطه با جواب از اعتراض ششم و هفتم [صلح و هبه] آوردیم این نکته روشن می شود که تملیک عین درمقابل عوض، به معنای حقیقی کلمه که تملیک معاوضی باشد، مخصوص باب بیع است، و اگر شخصی در مقام ایجاب گفت: ملّکتک کذا بکذا و معنای تملیک معاوضی را قصد کرد، فقط و فقط بیع خواهد بود، و لا غیر، چنین ایجابی نه صلح است [زیرا که اوّلاً صلح تملیک کذائی نیست بلکه انشاء تسالم است و نتیجه و اثر آن در بعض موارد تملیک عین به عوض است. و ثانیاً صیغه مصالحه با عن یا علی متعدی می شود نه بدون حرف جرّ] و نه هبه است [زیرا که هبه تملیک مجانی است نه معاوضی.]

قوله: وان قصدهما:

یعنی کسی که می گوید: ملّکتک کذا بکذا از دو حال خارج نیست: ۱ ـ فقط معنای تملیک عین به مال را قصد کرده بدون قصد صلح یا هبه، در اینجا که پرواضح است که این تملیک، صلح یا هبه نخواهد بود، زیرا که آندو را قصد نکرد. و عقود هم تابع قصود است.

۲ ـ ملّکتک کذا بکذا را به قصد صلح یا هبه و در یکی از این دو مقام، بکاربرده است در این فرض هم باید تفصیل داد به اینکه: اگر در الفاظ عقود، لفظ صریح یا ظاهر درمقصود را شرط بدانیم، باز ملّکتک نص در صلح یا هبه نیست. وبدین وسیله صلح یا هبه محقّق نمی شود. ولو قصد باطنی اش همین باشد. ولی اگر در الفاظ عقود، گفتیم: لفظ کنائی وغیر صریح هم کفایت

می کند. تنها در این فرض است که با ملکتک کذا بکذا می توانیم انشاء صلح یا هبه کنیم، تازه با قصد آنها، نه بدون قصد.

قوله: فما قیل:

بعضی ها[۱] فرموده اند: اصل در تملیک عین به مال، بیع است وبالنتیجه در مواردی که احتمال هر یک از بیع و صلح معوّض و هبهٔ معوّضه، موجود باشد بیع برآند و تقدّم خواهد داشت.

در اینکه مراد از اصل مذکور چیست؟ احتمالاتی متصور است:

۱ ـ اگر یقین داشتیم که فلان معاوضه بیع یا صلح و یا هبه است، به یقین عمل می کردیم. ولی فرض اینست که معاوضه و تملیکی واقع شده و شک داریم که از کدام قسم است [مثلاً در باب تشریک، شخصی به مشتری می گوید: مرا در نصف این متاع شریک کن، در مقابل نصف ثمنِ آن را به شما می پردازم. مشتری گفت: شَرّکتک، یعنی تو را شریک کردیم، در این معاوضه و دادوستد، هر یک از بیع و صلح و هبه، محتمل است.] بگوئیم: اصل اینست که معاوضهٔ مذکور، بیع باشد.

مرحوم شیخ اوّل می فرماید: محلّ تأمّلٍ، یعنی چنین اصلی قابل مناقشه است. زیرا که منظور چیست؟ اگر منظور استصحاب است که حالت سابقه ندارد، اگر منظور قاعدهٔ اوّلیه است که چنین قاعده ای نداریم، و اصولاً سه عنوان در عرض هم و هر کدام محتمل است و معاوضهٔ مذکور مشکوك الفردیة برای هر کدام است. و عنوان بیع بودن احراز نشده و حمل بر یکی از آنها نظیر تمسک به عام یا مطلق در شبهاتِ مصداقیّهٔ خود دلیل عام یا مطلق است. وسپس ترقّی کرده می فرماید: بل منع، یعنی اصل مذکور ممنوع است. زیرا کراراً ذکر شد که

---

(۱)شاید مراد صاحب جواهر باشد که فرموده: وفیه مع کونه مبنیاً علی اصالة البیع فی نقل الاعیان بالعوض. «جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۰۶».

تملیک عین به عوض، و تملیک معاوضی، فقط بیع است، و غیر آن محتمل نیست، و ما شک نداریم تا نوبت به اصل عملی برسد.

۲ ـ منظور از اصل مذکور، غلبهٔ وجود خارجی باشد. بدین معنی که غالباً معاوضات و تملیکهای معاوضی که در خارج انجام می گیرد، بصورت بیع است. والظنّ یلحق الشيء بالاعمّ الاغلب، پس فرد مشکوك هم به فرد غالب ملحق می شود.

این احتمال هم مردود است چون کبرای کلّیِ الظن یلحق... هیچگونه پشتوانه ای ندارد.

۳ ـ منظور از اصل مذکور، غلبهٔ استعمال باشد. یعنی غالباً تملیک معاوضی در بیع استعمال دارد، و لذا حمل بربیع می شود.

این نیز مردود است، اوّلاً غلبه استعمال از کجا؟ ثانیاً برفرض قبول، اگر به حدّ وضع تعیّنی برسد ارزش دارد و گرنه مجاز مشهور هم باشد قرینه می طلبد.]

٤ ـ قوله: نعم:

منظور، اصالة الحقیقة یا اصل عدم قرینه یا اصالة الظهور باشد، یعنی متکلّمی در مقام ایجاب می گوید: ملّکتک کذا بکذا و ما معنای حقیقیِ تملیک معاوضی را که همان بیع باشد می شناسیم، معنای مجازی یا کنائی آن را هم که صلح یا هبه باشد، می شناسیم. ولی نمی دانیم کدام مراد متکلّم است. در شک در مراد متکلّم از اصالة الحقیقه استفاده کرده و می گوئیم: انشاء اللّه بیع اراده شده است. و این اصل عقلائی و مستند به اصالة الظهور است. اگر مراد قائل این باشد قابل قبول است. و لکن بعید است که مراد این باشد و بیشتر همان احتمال اوّل مراد است که محل تأمّل بلکه منع بود. پس تأسیس اصل هم دردی را دوا نکرد.

قوله: وسیجيء:

توضیح بیشتر در ارتباط با اصل مذکور و احتمالات آن در تنبیه پنجم از تنبیهات معاطات، در رابطه با جریان معاطات در غیر بیع از سایر معاملات، خواهد آمد.

۸ ـ قوله: بقی القرض:

آخرین اعتراض اینست که: باز هم تعریف شما مانع اغیار نیست زیرا که باب القرض را هم شامل است.

بیان ذلک: مُقرِض که به مقترض می گوید: اقرضتک مأة دینار وعلیک عوضه بعد سنةٍ، در واقع با این صیغه، انشاء تملیک عین به عوض می کند، پس مشمول تعریف است. پس تعریف شما مانع اغیار نیست.

جواب: بیع تملیک معاوضی و مقابلی است که هر یک از ثمن و مثمن در مقابل یکدیگرند ولی قرض تملیکِ تضمینی است [رابطۀ میان تملیک و تضمین، عموم من وجه است:

گاهی تملیک بدون تضمین است مانند هبۀ مجّانیه، وصیّت، وقف و ...

گاهی تضمین بدون تملیک است مانند عاریۀ مضمونه، اجارۀ مضمونة العین و ...

و گاهی هم هر دو هستند مانند باب القرض که مقرض با اِقراضِ خود، مال را به مقترض تملیک می کند، همراه با تضمین به پرداخت مثل [در مثلیّات] یا قیمت [در قیمیات] و در مقام انشاء، در تملیکِ معاوضی می گوئیم: ملکتک هذا بهذا ولی در قرض می گوئیم: اقرضتک مأة درهم وعلیک عوضه یا مثله یا قیمته، که کلمۀ علیک تضمین را در دلالت می کند. در حقیقت از نظر ضمانت، باب القرض مثل باب غصب است. همانطوری که غاصب ضامن است. وعلی الید ما اخذت حتی تودّیَه[1] هکذا مقترض هم ضامن است. با این تفاوتها که: در غصب

---

(۱) و روی قتادة عن الحسن بن سمرة: انّ النبي| قال: علی الید ما اخذت حتی تؤدّیه «سنن البیهقی، ج۶، ص۹۵».

حرمت و عقاب تکلیفی هم وجود دارد ولی در قرض تنها ضمانت و حکم وضعی موجود است نه حرمت، و نیز در غصب، حکم اصلی و اوّلی ردّ العین است. و برغاصب است که عین مال غصبی را به مغصوبٌ منه بپردازد، و اگر تلف شده بود نوبت به مثل یا قیمت می رسد. ولی در باب قرض ردّ خود عین، نقض غرض است. زیرا که قرض به هنگام نیاز فوری و ضروری است. و طبیعتاً مال القرض مصرف می شود و ماندگار نیست. و چون نمی ماند، ضمانت به مثل یا قیمت می آید. و گرنه مسئلهٔ معاوضه عین به مثل یا قیمت که مطرح نیست. و لذا در باب قرض پس از وصولِ قرض، صحیح است که بگوید: قرضم را گرفتم، مالم را از فلانی وصول کردم، نه عوض آن را، ولی در باب بیع بایع نمی تواند بگوید: مالم را از فلانی گرفتم، خیر، مالِ بایع مبیع بود که به مشتری رسیده و آنچه از مشتری می گیرد مال خودش نیست بلکه عوض مالی است که به او داده.

قوله: ولذا:

در این فراز چهار شاهد می آوریم مبنی براینکه: قرض معاوضه نیست:

۱ ـ ربا گاهی ربای قرضی است و گاهی ربای معاوضی، در ربای معاوضی شروطی مطرح است، از قبیل: معاوضهٔ همجنس به همجنس، مکیل و موزون بودنِ عوضین. با این شروط ربا در معامله حرام است. ولی در باب قرض این شروط نیست و ربا مطلقاً حرام است. پس ربا معاوضه نیست.

۲ ـ در باب معاوضات، غرر و جهالت منفی و منهی است. «نهی النبي ﷺ عن بیع الغرر[۱]» و جهالت یا تردید به هر شکلی در معامله قادح است. ولی در باب قرض لطمه نمی زند.

[فی المثل اگر شخصی یکدسته اسکناس به شما قرض بدهد، وحین القرض هیچیک از طرفین یا لا اقلّ احدهما نداند که چقدر است. قرض باطل نیست. یا

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۳۰، حدیث سوّم، باب۴۰.

اگر یک قبضه اشرفی بدهد و مقدار آن معلوم نباشد. به صحت قرض لطمه نمی زند، آری بعداً برای اینکه مقترض بتواند از عهده برآید و مشغول الذمه نباشد، باید آنها را بشمارد تا بتواند سرموعد، بپردازد، ولی در اصل عقد القرض، این جهات دخیل نیست. پس قرض غیر از معاوضه است.

۳ ـ در باب معاوضات ذکر عوض لازم است و نباید طرفین اهمال کنند. و در عقد نیاورند ولی در باب قرض ذکر عوض لازم نیست.

۴ ـ در معاوضه علم به عوض و تعیین آن لازم است ولی در قرض لازم نیست حال ما از راه نبود این آثار و احکامِ معاوضه، منتقل می شویم به اینکه: خودِ مؤثر در اینجا نیست یعنی قرض معاوضه و تملیک معاوضی نیست. پس با قید بعوض، قرض هم خارج شد.

قوله: فتأمّل:

مرحوم ایروانی فرموده: قیام الدلیل علی عدم جریان احکام المعاوضة في قسم خاص من معاوضةٍ لا یخرجها عن حقیقة تلک المعاوضة فتکون تلک الاحکام مختصّة بقسم خاصٍ من المعاوضة لا عامة لجمیع اقسامه.[۱]

قوله: ثم انّ:

معنائی که ما برای بیع آوردیم [انشاء تملیک عین بمال] تعریف مبدئی است که در کلّیه مشتقّات آن ساری و جاری است [از بعتُ: اَبیعُ، بائع مبیع و ...] ولی برخی از فقهاء قریب العصر ما [به فرمودهٔ مرحوم شهیدی[۲]: این بعض، مرحوم شیخ اسدالله تستری صاحب مقابیس است و به فرمودهٔ مرحوم سید[۳]: این بعض، مرحوم شیخ جعفر کبیر، معروف به کاشف الغطاء صاحب شرح قواعد است. ولی عباراتی که مرحوم شهیدی از مقابیس نقل کرده، مؤیّد رأی

(۱)حاشیة المکاسب، ص۷۴.
(۲)هدایة الطالب، ص۱۵۳ سطر اخیر، مقابیس الانوار، ص۱۰۷.
(۳)حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۶۱.

ایشان است. و شاید هر دو بزرگوار باشند که فعلاً نه مقابیس در اختیار ما است و نه شرح قواعد خطّیِ مرحوم کاشف الغطاء و لذا قضاوت نتوان کرد.]

سه معنای دیگر هم برای بیع ذکر کرده اند:

۱ـ **بیع عبارتست از:** تملیک مذکور [انشاء تملیک عین به عوض، که ما هم آوردیم،] و لکن با یک ضمیمه و اضافه ای که بصورت شرط متأخر و یا وصف بیان می شود. و آن اینکه: بیع انشاء تملیک ... است به شرط اینکه بدنبال این تملیک، تملّک و قبول مشتری هم بیاید یعنی مشتری هم انشاء تملّک کند و بگوید: قبلتُ یا اشتریت یا تملّکتُ و ...

و یا بگوئیم: بیع، تملیک عین به عوض است که متعقّب به قبول باشد. خلاصه اینکه: بیع، انشاءِ تملیک ساده و خالی از قبول نیست. بلکه تملیکی است که قبول را بدنبال داشته باشد:

قوله: والیه:

بعض از مشایخ ما [شاید مراد مرحوم سید مجاهد صاحب مناهل باشد و شاید مرحوم صاحب جواهر باشد.] هم که در تعریف بیع مصطلح، قیدِ تعقب القبول را افزوده اند و گفته اند: البیع تملیک ... المتعقب بالقبول، به همین معنائی که از زبان مقابیس یا کاشف آوردیم نظر دارند، و از ایشان گرفته اند.

قوله: ولعلّه:

دلیل اعتبار و اشتراطِ قید یا شرط مذکور، در تعریف بیع، دو امر است:

۱ـ **تبادر:** ازواژهٔ بیعِ و مشتقات آن، عندالاطلاق، تملیکِ ساده و خالی تبادر نمی کند. بلکه تملیکی که مقرون به قبول باشد تبادر، می کند. و تبادر علامتِ حقیقت است پس بیع در معنای مذکور حقیقت است. [البته تبادر یکدلیل وجدانی است نه برهانی و لذا هر کس می تواند آن را به نفع خود ادّعا کند. و لذا در مبحث مشتقّ، در صحیح و اعمّ و ... هر کدام از طرفین دعوی برای اثبات

مدّعای خود از تبادر و صحت حمل و ... استفاده کرده اند]

۲ ـ صحت سلب و عدم صحت سلب، یا عدم صحت حمل و صحت حمل: هنگامی که این واژه یا هر یک از مشتقّات او در کلام استعمال می شود و مخبری از آن خبر می دهد، ما وقتی به ذهن خود مراجعه می کنیم و معنای ارتکازیِ آن را موضوع قرار داده و این واژه را محمول قرار می دهیم و تجربه می کنیم، ملاحظه می کنیم که: این لفظ از تملیک خالی و بدون قبول، صحت سلب و عدم صحت حمل دارد، و متقابلاً نسبت به انشائی که قبول را بدنبال داشته باشد، صحت حمل و عدم صحت سلب دارد. و در اصول خواندیم که صحت حمل و عدم صحت سلب علامت حقیقت است. پس بیع مصطلح، در ایجاب و انشاءِ مقرون به قبول، حقیقت است. و در غیر آن مجاز.

قوله: ولهذا:

شاهد صحت سلب است: در عرف مردم در مقام اخبار، گفته نمی شود فلانٌ باعَ داره، مگر اینکه کسی دار را از او خریده باشد، پس عرف بیع را در تملیک متعقب به قبول استعمال می کند.

قوله: ویستفاد:

شاهد تبادر است: تا در مقام اخبار کسی به شما خبر می دهد: بعتُ داری یا مالی فوراً بذهن شما می آید که: پس کسی این مال را از مُخبر خریده است. و هرگز به ذهن شما خطور نمی کند که: منظورِ مخبر این باشد که: فقط ایجابِ بیع را واقع ساخت ولی قبولی نیامد، احتمالش را هم نمی دهید و ذهن به سمت ایجاب توأم با قبول پرواز می کند.

۲ ـ **بیع عبارتست از:** اثر و نتیجه ای که از ایجاب و قبول، حاصل می شود، که ایجاب و قبول، سبب و مؤثرند، و آن خصوصیت و نتیجه، مسبّب و اثر است. و آن اثر عبارتست از: انتقال عین از فروشنده به خریدار در مقابل انتقال ثمن از

مشتری به بایع، این معنی قبلاً از زبان مبسوط[۱] و دیگران ذکر شد [تعریف اوّل از مجموعه تعاریف بیع عند الفقهاء] با این تفاوت که قبلاً دو قید هم افزوده شد. [بعوض مقدّر، علی وجه التراضی] که اینجا آن قیود نیست.

۳ـ **بیع عبارتست از:** عقد خاصّی که دارای ایجاب و قبول است [در قبال نکاح ـ اجاره ـ مزارعه و... که هر کدام عقد خاصی است و ایجاب و قبول مخصوصی دارد.] کلّیهٔ کسانی که بیع را به عقد ویژه معنی کرده اند[۲] به همین معنای سوّم نظر دارند.

قوله: قال:

همان بعض که این سه معنی را آورده، بدنبال معنای سوّم فرموده: نه تنها برخی بیع را به معنای عقد گرفته اند، بلکه به نظر میرسد که: فقهاء به اتّفاق کلمه وقتی در عناوین ابواب مختلفهٔ معاملات، می گویند: کتاب البیع، کتاب النکاح و...، منظورشان همین معنی است. حتی در باب اجاره و مانند آن که در اصل لغت اسم هیچیک ازدو طرف عقد نیستند.

بیان ذلک: عناوینی که در معاملات در فقه، انتخاب شده از نظر اصطلاحِ فقهاء، همهٔ آنها نام عقدهای خاصی هستند، ولی از نظر اصل لغت، به سه دسته تقسیم می شوند:

الف: عناوینی که در اصل لغت، نام هر دو طرفِ هستند [ایجاب و قبول] مانند شرکت وقراض و مزارعه و مساقات و... که شرکت به لحاظ مادّه، کار طرفین را نشان می دهد و بقیّهٔ عناوین که مصدر مفاعله بوده و میان دو طرف است

---

(۱) المبسوط، ج ۲، ص ۷۶.

(۲) مرحوم صاحب جواهر این معنی را به جماعتی نسبت داده از قبیل: ابن حمزه در وسیله، ص۲۷۰، علاّمه در مختلف، ص۳۴۷، ابوالصلاح حلبی در الکافی فی الفقه، و... «جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۰۴».

به لحاظ هیئت، فعل هر یک از موجب و قابل را نشان می دهد، و هکذا اگر بجای شرکت، مشارکت بگوئیم.

ب: عناوینی که در اصل لغت، نام یکطرف عقدهستند، مانند بیع که اسم است برای کار بایع و شراء که اسم کار مشتری است و هکذا ایجار و استیجار و ...

ج: عناوینی که از نظر لغت نه اسم. کار موجب است و نه فعل قابل، بلکه نام عینی از اعیان است مانند ودیعه، عاریه، صدقه و ... که از نظر لغت به نفس مال اطلاق می شود ولی دراصطلاح فقهاء وقتی می گویند: کتاب الودیعة، کتاب العاریة و ... منظور عقد یا ایقاع مخصوص است. وجا داشت بگویند: کتاب الایداع والاعارة و ... حال لفظ اجاره ازاین قبیل است. زیرا که در لغت به معنای نفس اجرت و مال است.

ولی در اصطلاح فقهاء نام عقد مخصوصی است که بین موجر و مستأجر منعقد می شود. حال، اینکه فرمود: حتی الاجاره وشبهها [جعاله ـ عاریه و ...] برای آنست که: دسته دوّم از عناوین، در لغت نام جزء العقد هستند و اطلاق آنها بر کل عقد در اصطلاح [به علاقهٔ جزء وکل] سهل است. ولی دسته سوّم اصلاً نام جزءیا کل عقد نیست، و لذا ترقّی کرده و فرموده: حتّی این دسته سوّم هم اصطلاحاً نام عقد خاصّی است.

قوله: أقول:

مرحوم شیخ هر سه معنی را نقد می کنند:

امّا معنای اوّل: این معنا مقابل و قسیمِ معنائی که ما گفتیم، نیست بلکه فردی از افراد آن است.

بیان ذلک: به عقیدهٔ مرحوم شیخ، لفظ بیع همانند کلّیهٔ اسماءِ اجناسی و ماهیات [اعمّ از اعتباریّه و حقیقیّه] برای یک معنای عام و قدر جامع وضع شده

[وضع عام و موضوع له عام] و آن عبارتست از: انشاء تملیک عین به مال، و این معنای جامع، دارای چهار فرد و مصداق ویا مرتبه است.

۱ ـ انشاء تملیک ساده: یعنی انشاء و ایجابی که بدنبال آن قبول واقع نشود.

۲ ـ انشاءَ تملیکی که متعقّب به قبول شده ولی از نظر عرف و عقلاء: چنین معامله ای بی اثر وباطل است، و مُمضای عرف نیست. مثلاً کسی در زمستان سرد چند قالب یخ به کسی بفروشد، یا کنار شط فرات، یک کاسه از آب آن راَ بفروشد، یا کنار کوهی از خاك، دو من خاك به کسی بفروشد و... که اینگونه اشیاء در شرائط خاصی که اشاره شد، مالیّت عرفیه ندارد و مورد بیع و شراء واقع نمی شود.

۳ ـ انشاء تملیکی که قبول هم بدنبالش بیاید، عرفِ عقلاء هم آنِ را صحیح و مؤثّر بدانندولی شارع مقدّس آن را امضاء نکند، مانندَ بیع ربوی، بیع الخمر والخنزیر والصلیب والصنم و...

۴ ـ انشاء تملیکی که هم قبول دارد، هم مُمضای عرف است، و هم شرعاً مورد تأیید می باشد. مانند نوع معاملاتی که مردمان بطور معمول و متداول و روزمرّه دربازار، انجام می دهند. حال لفظ بیع، بطور مساوی برتمام اینها اطلاق می شود. [نظیر اطلاق هر کلّی برافراد خود] نهایت گاهی به قرینۀ مقامیّه، فرد خاصّی بذهن تبادر می کند، و واژۀ بیع به فرد خاصی انصراف پیدا می کند. مثلاً مسلمانی که همۀ آداب و احکام تجارت را می داند اگر در مقام اخبار برآمد و گفت: بعتُ داری، چون در مقام اخبار از بیع مؤثر و ایجاب مُثمر و نتیجه بخش است، فرد چهارم از افراد بیع به ذهن می آید. یا اگر عاقلی و لو غیر مسلم، در مقام اِخبار گفت: باع فلانٌ داره فرد سوّم به ذهن می آید و...

خلاصه ایجابی که بدنبالش قبول باشد بذهن می آید، ولی این خصوصیت و قید، توسّط قرینۀ مقامیّه [مقام اخبار از ایجاب مُثمر و...] فهمیده می شود، و از

باب تعدّد دالّ و مدلول است [لفظ بعتُ یا باع دالّ بر انشاء تملیک است، و قرینهٔ مقامیّه دالّ بر قید تعقّب قبول.] نه اینکه واژهٔ بیع در ایجاب مقید به قبول استعمال شده باشد. [نظیر تخصیص و تقیید که موجب مجازیت عام یا مطلق نمی شود و عام یا مطلق در باقیماندهٔ بعد از تخصیص استعمال نمی شود بلکه در معنای خودش بکار می رود و خصوصیت را با لفظ دیگر دلالت می کند، به نوع تعدّد دالّ و مدلول.]

قوله: وکذلك:

این فراز در واقع گواه بر مدّعای مذکور است: از طرفی همانطور که قبلاً گفته آمد واژهٔ بیع با واژه های نقل و تملیک و ابدال و مانند آن [تبدیل ـ تعویض و ...] مرادف اند و همهٔ آنها به یک معنا می آیند. [البته به عقیدهٔ مرحوم شیخ، و گرنه به عقیدهٔ دیگران، تملیک و نقل و ... اعمّ است] از طرف دیگر در واژه های مرادفِ بیع، احدی نگفته که: تعقّب قبول، دخیل در معنای آنها است، بلکه همه می گویند: تملیک یا نقل و ... عبارتست از انشاء خاصّی اعمّ از اینکه قبول بدان ضمیمه شود یا نه.

و از طرف سوّم: حکم الامثال فیما یجوز و فیما لا یجوز سواء، و به عبارت دیگر واژه های مرادفِ یکدیگر، از نظر معنی و مستعمل فیه، هر حکمی که یکی از آنها داشت بقیّه همَ دارند، وگرنه مترادف نخواهند بود.

نتیجه: پس واژهٔ بیع هم به معنای انشاء خاصّی است چه قبول بدنبالش بیاید وچه نیاید.

قوله: نعم:

گویا کسی می پرسد: اگر آمدنِ قبول، نقشی در اصل معنای بیع ندارد، پس چرا در معاملات قبول مطرح است؟

جواب آنست که: تحقّق قبول شرط در انتقال مبیع از بایع به مشتری است.

و انتقال هم دوگونه است:

۱ ـ في نظر الناقل.

۲ ـ في نظر العرف و الشارع، وآمدنِ قبول، شرط انتقال عین به مشتری است. در خارج، یعنی شرعاً و قانوناً و خَارجاً و واقعاً اگر کسی بخواهد مالک عینی شود و احکام ملکیّت بر او پیاده کند باید قبلتُ را بگوید، وگرنه در نظر خود ناقل و موجب، شرط انتقال نیست [حیث انّ البایع بمجرّد الایجاب یقطع اضافة الملکیّة المنتسبة الیه وعُلقتها عن نفسه ویضیفها الی المشتری سواءِ تحقّق القبول في الخارج في نظر الشارع أم لا.]

زیرا به عقیدهٔ ناقل، ایجاب و انشاء او مؤثر و انتقال عین به مشتری از دیدگاه ناقل، اثرِ آن است و واضح است که به عقیدهٔ او تأثیر از اثر جدا نیست، علّت از معلول انفکاك ندارد، پس تا ایجاب کرد، علقهٔ ملکیت را از گردنِ خود باز کرده و به گردن مشتری بست، یعنی انتقال هم آمد. آری اگر شرعاً هم بخواهد این تملیک، اثر دار باشد باید قبول مشتری ضمیمه شود.

قوله: فالبیع:

[متفرع برنَعَمْ... می باشد] حال که قبول در اصل معنی دخالتی ندارد و... نتیجه می گیریم که: بیع و مرادفات آن [تملیک، نقل و...] از قبیل ایجاب و وجوب است، نه از باب کسر و انکسار، ایجاب و وجوب دو امر اعتباری هستند که به مجرّد ایجاب و طلب وافْعَلْ گفتن، به عقیدهٔ موجب و طالب، وجوب و الزام هم آمد [چون الزام یعنی تکلیفی که مولی راضی به ترکَ آن نیست، اینجا هم اگر از آمر بپرسیم، شما که می گوئید: اعطنی درهماً مثلاً، آیا راضی به ترك و ندادن هستی؟ می گوید: خیر.]

امّا اینکه علاوه برنظر آمر، واقعاً هم وجوب والزام بیاید بگونه ای که مخالفت آن، معصیت شمرده شود و موجب ذمّ دنیوی یا عقاب اخروی گردد،

مشروط به آنست که: آمر و موجب، عالی یا مستعلی باشد [مثل خداوند نسبت به بندگان، موالی به عبید، آباء به اولاد و ...] ولی اگر مساوی در رتبه یا دانی از مأمور بود، ولو به نظر آمر وجوب آمد، ولی واقعاً وخارجاً وجوبی نیست.

وامّا کسر و انکسار، از مقولهٔ فعل و انفعال بوده و دو امر واقعی و تکوینی هستند و به اختلاف انظار مختلف نمی شود و چنین نیست که کسرتُ الکوز فانکسر، به عقیدهٔ کاسِر، انکسار و شکسته شدن بیاید ولی خارجاً و واقعاً نیاید، بلکه حتماً بدنبال کسر، انکسار خواهد آمد چه کسی ادراك و اعتبار بکند یا نه، ویژگیِ تکوینیّات اینست که تابعِ اعتبارِ معتبر نیست. آنگاه بیع با معنائی که ما آوردیم از قبیل کسر و انکسار نیست بلکه از قبیل ایجاب و وجوب است. برخلاف بعض از فقهاء [مرحوم صاحب مقابیس] که خیال کرده: بیع از مقولهٔ کسر و انکسار است.

[مرحوم شهیدی در حاشیه از مقابیس این عبارت را آورده:

قال قدس سرّه انّ للبیع اطلاقات، [1] احدها: انه یستعمل مصدراً لباع بمعنی اوجد البیع و هو بهذا المعنی عبارة عن الفعل الصادر عن احد المتعاملین خاصة مباشرةً او تولیداً و لمّا کان من الاضداد صحّ اطلاقه علی کل من فعلیهما ... ویشترط في کلا الاطلاقین انضمام الفعلین واجتماعهما في الوجود ... ولا وجه لحصر هذه الاطلاق الاّ اعتبار الضمیمة في اصل الوضع، کما هو الشأن فیما هو من مقولة الفعل والانفعال و التأثیر و المطاوعة وانه لا یطلق اللفظ الدال علی احدهما الاّ بعد حصول الاخر کالکسر والانکسار و نحو ذلک ...]

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: بنابر معنای سوّم که بعداً نقد خواهد شد، از قبیل کسر و انکسار است نه ایجاب و وجوب.

---

(۱) هدایه الطالب، ص۱۵۴.

قوله: ومنه:

از اینکه قبول شرط انتقالی در نظر ناقل نشد و انّما هو شرط الانتقال خارجاً، روشن می شود که حتی اخذ قید مذکور [تعقب القبول] در معنای اصطلاحیِ بیع [کما فعله بعض مشایخ الشیخ] باطل است تا چه رسد به اینکه: این را یکی از معانی بیع قرار دهیم [کما فعله صاحب المقابیس].

قوله: وامّا البیع:

معنای دوّم هم که عبارت شد از اثر یا انتقال، مردود است. زیرا که بیع به این معنی نه در کتب لغت یافت شده و نه در استعمالات عرفی، بنابر این هیچ مستند و پشتوانه ای برای آن وجود ندارد.

آری اوّلین بار جناب شیخ طوسی ره در کتاب مبسوط این معنی را ذکر کرده و سپس گروهی از ایشان تبعیت کرده ند. ولی مدرکِ جناب شیخ طوسی چیست؟ برای ما روشن نیست.

قوله: وقد یوجّه:

[بقول مرحوم شهیدی: توجیه گر صاحب مقابیس است] از باب اینکه کلام بزرگان را باید توجیه کرد، بعضی ها چنین گفته اند:

[بیع گاهی به معنای حقیقی کلمه یعنی مصدر می آید که همان نقل و تملیک است.

و گاهی به معنای اسم مصدری می آید که در نقد معنای سوّم خواهد آمد.

وگاهی مصدر به معنای اسم فاعل می آید، از قبیل: جعلتُه تذکرة لنفسی وتبصرة لغیري ای مذکّراً ومبصّراً.

و گاهی به معنای اسم مفعول می آید، از قبیل: لفظ ای الملفوظ، عکس ای القضیّة المعکوسة، عقل ای المعقول و... و از هر کدام از اینها مصادر جعلی و عناوین انتزاعی می توان درست کرد از قبیل، معقولیّت، عاقلیّت، مصونیّت، انسانیّت، ماهیّت و... با حفظ این مقدّمه.]

مرحوم شیخ در مقام تعریفِ بیعِ به معنای اسم مفعولی است، آنهم عنوانی که از اسم مفعولِ بیع انتزاع می شود، یعنی مبیعیّت، و منظور اینست که: مبیعیّت ای الانتقال... .

مرحوم شیخ می فرماید: توجیه مذکور تکلّف [خود را به رنج و کلفت افکندن] نیکو و پسندیده ای است. [زیرا که تعریف را از اشکال دار بودن می اندازد، و مبیعیّت چیزی غیر از انتقال و منتقل شدن و فروخته شدن نیست.]

[ولی توجیه بهتری در ذیل ولا فی العرف درخود مکاسب آمده: لا یخفی ان العقد سبب النقل کما ان النقل سبب الانتقال، یعنی اطلاق بیع برانتقال و اثر، مجازی و به علاقهٔ سببیّت و مسببیّت است، یعنی لفظی که برای سبب و نقل و تملیک وضع شده، مجازاً او را در مسبّب و انتقال، استعمال کرده اند.]

قوله: وامّا البیع:

نقد معنای سوّم: بعضی ها بیع را به معنای عقدِ مخصوص گرفته بودند، ببینیم این اطلاق از چه باب است؟ مرحوم شهید ثانی فرموده: اطلاقِ بیع برعقد و استعمال آن در عقد مخصوص، مجاز است. و علاقهٔ مجازّیت هم عبارتست از: علاقهٔ سببیّت و مسببیّت یعنی لفظی که برای مسبّب وضع شده مجازاً در سبب استعمال شده است[۱]

بیان ذلک: بیع همان نقل و تملیک انشائی و قطع علقهٔ ملکیت در عالم اعتباراست، و این معنی بوسیلهٔ سببی انجام می گیرد، آن سبب در بیع قولی عبارتست از: ایجاب و قبول یا همان عقد، فَما وضَع للمسبّب أُطلق علی السبب.

قوله: والظاهر:

مرحوم شیخ می فرماید: مراد شهید ثانی از مسبّب عبارتست از اثری [ملکیت و انتقال] که در خارج و از نظر شارع مقدس حاصل می شود [و آن وقتی

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۶۹.

تحقّق می یابد که ایجاب و قبول با همهٔ شروط معتبر در عوضین و متعاقدین و عقد، محقّق شود. و اگر این آمد حتماً اثر می آید و از قبیل کسر وانکسار است.] زیرا که حصول الاثر خارجاً و شرعاً مسبّب از کلّ عقد است. نه حصول النقل به نظر ناقل تنها که به محض انشاءِ موجب، حاصل می گردد و نیازی به آمدنِ قبول ندارد [و از قبیل ایجاب و وجوب است. که قبلاً شرح شد.]

سئوال: چرا مرحوم شیخ این تفسیر را کردند و فرمودند: مراد شهید از مسبّب هو الاثر الحاصل فی نظر الشارع ... ؟

جواب: برای اینکه طبق مختار خود شیخ اعظم [که بیع را انشاء تملیک عین به عوض دانستند، چه قبول بدنبال آن بیاید یا نه] فرمایش شهید مناقشه دارد، زیرا بیع به معنای مذکور، مسبّب ازکلّ عقد نیست تا مجازاً و به علاقهٔ سببیّت در آن استعمال شود، بلکه مسبّب از جزء العقد یعنی ایجاب تنها است. برای رفع این مناقشه آن تفسیر را کردند، و حاصل مطلب اینست که: مناقشهٔ مذکور، در صورتی برکلام شهید وارد است که مراد ایشان از مسبّب، خصوص اثر حاصل و متحقّق در نظرِ موجب باشد، ولی مراد ایشان از مسبّب اثرحاصل در نظر شارع است. و **لاریبَ در اینکه:** سبب چنین اثر و مسبّبی، تمام العقد است که مرکب از ایجاب وقبول است. فیصح استعماله فیه بعلاقة السببیّة.]

قوله: والی هذا نظر:

ای الی ارادة هذا المعنی ای الاثر الحاصل فی نظر الشارع، نظر دارد تمام آنچه که در نصوص و فتاوی آمده از قبیل این تعبیرات: لزم البیع، وجب البیع، لابیع بینهما، اقاله في البیع، امضی البیع، اجاز او ردّ البیع، فسخ البیع، احلّ اللّه البیع و ... که منظور بیعی است که مشتمل برایجاب و قبول باشد، و نزد شارع مقدس اثر داشته باشد، و خداوند چنان بیعی را امضاء فرموده است. نه بیع مشتمل برایجاب تنها را.

قوله: والحاصل:

خلاصه اینکه: بیعی که نزد فقهاء عقدی از عقود تلقّی شده ومی گویند: البیع عقد... منظور نقل و تملیک است امّا نه به معنای مصدری بلکه به معنای اسم مصدری یعنی انتقال و اثر وملکیّت، امّا نه تنها در نظر ناقل، بلکه اثری که خارجاً ودر نظر شارع حاصل شود و حصولِ آن متوقف برایجاب و قبول است. پس ایجاب و قبول یا عقد، سبب است، و انتقالِ مذکور، مسبّب است؛ و لفظی که برای مسبّب بود برای سبب بکار رفته [و نقدَ این معنی هم اینست که: این معنی هم مثل معنای ثانی لم یوجد في اللغة ولا في العرف، پس قابلِ قبول نیست.]

قوله: فاضافة العقد:

طبق بیان مذکور [که بیع را به معنای اسم مصدری گرفتیم ...] باید گفت: اضافهٔ کلمهٔ عقد بسوی بیع، آنجا که می گوئیم: «عقد البیع» اضافهٔ بیانیّه نخواهد بود [که از قبیل اضافهٔ کلّی به فرد است. یعنی عقدی که بیان از بیع است.] بلکه اضافهٔ لامیّه و به تقدیر لام است که اضافهٔ سبب به مسبّب باشد یعنی عقدی که برای بیع وسببِ بیع است یعنی سببِ اثر حاصله است.

قوله: ولذا:

اگر اضافه بیانیه بود صحیح نبود که بگوئیم: انعقد البیع ای انعقد العقد، لا ینعقد البیع ای لا ینعقد العقد، چون معنی نداشت که عقد منعقد شود یعنی قبول عقد کند یا قبولِ عقد نکند، و حال آنکه صحیح است بگوئیم: انعقد البیع ای تمّ الاثر، لا ینعقد البَیع ای لا یتم الاثر، پس معنای اسم مصدری و حاصل از مصدر و مسبّب از عقد است.

قوله: ثمّ انّ:

تا اینجا معانیِ واژهٔ بیع، تبیین شد. و در مجموع هشت معنا ذکر شد. در پایان به مناسبت مطلبی را بیان می کنند که با سه مقدّمه به استقبال آن می رویم:

الف: دو معنا از معانیِ بیع، هرکدام دوبار ذکر شد:

۱ـ **معنای دوّم و هفتم**: انتقـال عین ... والاثر الحاصل ... و مراد از هر دو عبارتست از: ملکیّت که مسبّب از ایجاب و قبول است. و طبق این دو معنا، بیع و یا سایرعقود اسم از برای مسبّبات هستند.

۲ـ **معنای سوّم و هشتم**: الایجاب و القبول ... والعقد ...، و مراد از هر دو عبارتست از الفاظی که بوسیلهٔ آنها انشاء ملکیت می شود. و طبق آندو، بیع و یا عقود دیگر، اسم از برای اسباب هستند.

و بحث معروفی است [هم در اصول فقه و هم فقه] که آیا الفاظ عقود و ایقاعات، برای اسباب وضع شده اند؟ یا برای مسبّبات؟ سرچشمهٔ این بحث، معناهای مذکور می باشد.

ب: در یکی از بحثهای مقدّماتیِ علم اصول، مطلبی تحت عنوان: الصحیح والاعم، مطرح است، و بحث در اینست که: آیا اسامیِ عبادات از قبیل: صلوة وصوم وحج و ...، و اسامیِ معاملات از قبیل: بیع، نکاح، اجاره و ... برای خصوصِ عبادت و معاملهٔ صحیح یعنی تامّ الاجزاء والشرائط، وضع شده اند وحقیقت در خصوص صحیح اند و استعمال آنها در فاسد یعنی فاقد بعض اجزاء یا شرائط، مجازی است؟ یا الفاظ مذکورحقیقت در اعم از صحیح و فاسدند، و در هرکدام که استعمال شوند حقیقت می باشند؟ دو نظریّه درمسئله وجود دارد:

۱ـ گروهی صحیحی اند و برای مدّعای خود دلائلی دارند.

۲ـ گروهی اعمّی اند و برای مقصد خود استدلالهائی دارند. که مشروحاً در جای خود آمده.

ج: در خصوص الفاظ معاملات، بنابر اینکه اینها برای مسبّبات وضع شده باشند.

[مثلاً بیع برای ملکیّت، نکاح برای علقهٔ زوجیّت، طلاق للفراق و ...] نزاع صحیح و اعمّ درآنها پیاده نمی شود، زیرا که مسبّبات بسائط اند، و قانون بسائط اینست که: قابل اتصاف به صحّت و فساد، نمی باشند، یعنی نتوان گفت: مثلاً در بیع ربوی ملکیّت هست ولی فاسد و باطل است. بلکه امور بسیط یاموجودند و یا معدوم، اگر علّت تامّهٔ آنها موجود شود، مسبّب و معلول هم موجود می شود. و اگر علت تامّه معدوم شد، معلول هم نابود خواهد شد.

امّا بنابر وضع این الفاظ، و اسم بودنِ آنها برای اسباب، بحث از صحیح و اعمّ در آنها کاملاً بجا است. زیرا اسباب یعنی عقود یا ایجاب و قبول، مرکبّات و دارای اجزاء و شرائط هستند، و در نتیجه قابل اتصاف به هر یک از صحت و فساد می باشند، یعنی اگر تمام اجزاء و شروط عقد باشد، محکوم به صحت است. و اگر لا اقل یکی از اجزاء یا شروط، نباشد محکوم به فساد خواهد بود. و لذا جا دارد بحث شود که: آیا الفاظ معاملات، برای خصوص معاملهٔ صحیح و واجد همهٔ اجزاء و شروط وضع شده اند؟ یا برای اعم از صحیح و فاسد؟ با حفظ سه مقدّمهٔ مذکور می گوئیم:

مرحوم شهید ثانی در باب یمین از کتاب مسالک، تصریح کرده به اینکه: عقد البیع و هکذا سایر عقود [از اجاره و نکاح و ...] در خصوص صحیح [تام الاجزاء و الشرائط] حقیقت، و در فاسد و باطل، مجازاً استعمال می شوند. و براین مدّعا دو دلیل آورده اند:

۱ ـ **تبادر و عدم تبادر**: هنگامی که لفظ بیع را بدون هیچ قرینه ای می شنویم، از اطلاق آن، خصوص بیعِ صحیح به ذهن ما تبادر می کند، و بیع فاسد یا اعمّ تبادر نمی کند، و لا شک دراینکه: تبادر حاقّی علامتِ حقیقت بودن است. و عدم آن نشانهٔ مجازیّت.

[**نا گفته نماند که**: اعمّی هم برای اثبات مدّعای خود از تبادر استفاده کرده

است و سرّ مطلب آنست که: تبادر یک امر برهانی نیست، تا بتوان در صغری یا کبرای آن مناقشه کرد، بلکه امر وجدانی است. و هر کس موارد استعمال را ملاحظه می کند و بعد از تأمّلاتی مطلبی به ذهن او تبادر می کند. چون سلیقه ها متفاوت است، ای چه بسا به ذهن هر کس چیزی تبادر کند، و هیچ کدام را نتوان محکوم کرد. بلکه هر کسی تبادر المعنی الخاص او العام، برایش حجّت است.]

۲ـ عدم صحت سلب و صحت حمل: هنگامی که ما بیع صحیح و واجد کلّیهٔ اجزاء و شرائط را موضوع قرار داده و واژهٔ بیع را محمول قرار داده و برآن حمل می کنیم، ملاحظه می شود که: حمل صحیح و سلب غلط است. و متقابلاً نسبت به بیع فاسد حمل نا صحیح و سلب صحیح است. و در جای خود گفته آمده که عدم صحت سلب نشانهٔ حقیقت بودن، و صحت سلب نشانهٔ مجازیّت است، پس واژهٔ بیع و سایر معاملات در صحیح حقیقت و درفاسد مجازند.

[باز **لا یخفی که**: در قبال صحیحی ها اعمّیّون هم برای مدّعای خود از جریان صحت حمل و عدم صحت سلب، استفاده کرده اند و همان مسئله که در تبادر اشاره شد، اینجا هم هست که اینها امور وجدانی اند ...] سپس جناب شهید ثانی شاهد و مؤیّدی آورده:

در باب اقرار، اگر کسی در محکمه و نزد قاضی اقرار به بیع نماید و بگوید: قبول دارم که خانه ام را فروخته ام، بلا فاصله قاضی او را محکوم می کند و به حکم: اقرار العقلاء علی انفسهم جایز او را به تخلیهٔ منزل و تسلیم آن به مشتری یا طرف دعوی ملزم می سازد، حتّی اگر مقرّ ادعّا کند که منظور من، بیع فاسد بوده، بالاجماع به ادعّای او توجهی نمی شود.

کیفیت استشهاد: اگر لفظ بیع از الفاظی بود که میان صحیح و فاسد مشترك بود [یعنی برای اعمّ وضع شده بود.]

قانون الفاظ مشترکه آنست که: اگر کسی گفت: جئنی بعینٍ در مشترکات لفظیه، یا جئنی بانسانٍ در مشترکات معنوی، جادارد از او پرسیده شود که کدام عین یا انسان، منظور شما است؟ و هرکدام را او تفسیر کرد، از او پذیرفته است. ولفظ بیع هم اگر مشترك بود، باید ادّعای مقِّر و تفسیر او پذیرفته می شد، در حالی که قبول نشد پس معلوم می شود لفظ بیع در خصوص صحیح حقیقت است و مشترك بینهما نیست.

در پایان جناب شهید ثانی به یکی از ادلّهٔ اعمّی ها اشاره کرده و جواب داده اند: قائلین به اعمّ دلائلی دارند:

۱ ـ تبادر

۲ ـ عدم صحت سلب

۳ ـ مسئله صحّت انقسام:

لا شک در اینکه: تقسیم بیع و سایر عقود و ایقاعات وبلکه کلیهٔ عبادات و معاملات، به صحیح و فاسد، صحیح است. مثلاً بیع یا صحیح است یا فاسد و... ودر این تقسیم مقسم که بیع و... باشد، در اعمّ از صحیح و فاسد، استعمال شده [و گرنه تقسیم الشیء الی نفسه و الی قسیمه غلط بود.] پس استعمال درست شد.

و کبرای کلی را هم از زبان سیّد مرتضی می شنویم: الاصل في الاستعمال الحقيقة، نتیجه می گیریم که استعمال بیع و... در اعمّ از صحیح و فاسد، به نحو حقیقت است و هو المطلوب.

شهید ثانی در جواب می فرمایند: صغری [اصل استعمال] را قبول داریم، ولی کبرای کلّیِ مذکور هزار سال است که ردّ شده و استعمال اعمّ از حقیقت و مجاز است، و مجرّد استعمال علامتِ حقیقت بودن نیست. و امرتقسیم هم

سهل است، یعنی می توان یک معنای مجازی را هم مقسم قرار داد.[۱]

[نکته: احتمالاتی که در استعمال الفاظ عقود در صحیح یا اعمّ، متصور است عبارتند از:

۱ ـ حقیقت در هر دو، یعنی برای هر یک از صحیح و فاسد جداگانه وضع شده باشند، نتیجهٔ این احتمال اشتراك لفظی است. و از ظاهر تعبیر شهید ثانی: ولو کان مشترکاً... کغیره من الالفاظ المشترکه، همین احتمال مستفاد است.

۲ ـ مجاز در هر دو و حقیقت در قدر جامع، یعنی اعمّ از صحیح و فاسد، بنابر اینکه: اطلاق کلّی برخصوص هر فردی، مجاز باشد.

۳ ـ حقیقت در قدر جامع، یعنی اعمّ باشد و اطلاق آن برهر یک از افراد هم حقیقت باشد. وهو الحق، کما ثبت فی محلّه.

۴ ـ در خصوص صحیح حقیقت و در فاسد مجاز باشد. صحیحی همین را می گوید.

۵ ـ عکس صورت رابع، که قائل ندارد، و مجرّد احتمال است. و عمده احتمال ۳ و ۴ می باشد.]

قوله: وقال الشهید:

مرحوم شهید اول در کتاب القواعد و الفوائد، فرموده: ماهیات جعلیّه [ماهیات از یک نظر دو دسته می باشند:

۱ ـ **حقیقیّه از قبیل:** انسان و شجر و فرس و... که در خارج حقیقةً موجودند و کلّی طبیعی به عین وجود فرد موجود می شود.

۲ ـ جعلیّه و اعتباریّه که تابع جعل جاعل و اعتبار معتبر است و در عالم جعل و اعتبار موجود است نه در واقع و خارج.] از قبیل صلوة و صوم [که مجعول به جعل شارع مقدّس می باشند.] و کلّیه عقود [از قبیل بیع و اجارة و... که

(۱) مسالک الافهام، ج۲، ص۱۹۸.

مجعول به جعل عقلاء عالم هستند.] هیچکدام از این ماهیّات، برفاسد وباطل، اطلاق نمی شود. [صلوة بر صلوة باطل اطلاق نمی شود، بیع بر بیع فاسد اطلاق نمی شود و ...] مگر خصوص حج که بر حج فاسد هم اطلاق می شود، و دلیل خاص دارد، و آن اینکه:

اگر کسی در اثناء حجّ یکی از مبطلات حج را بجا آورد، حج او باطل می شود، معذلک باید آن حج را به آخر برساند، و حق ندارد رها کند، پس با اینکه باطل شده دلیل می گوید: امض في حجّک، یعنی حجّ خود ر ادامه بده ... پس برفاسد هم اطلاق شده است.[۱]

قوله: وظاهره:

اینکه شهید فرمود: لا یطلق علی الفاسد، منظور چیست؟ آیا مراد اینست که: سایر الفاظ عبادات و معاملات، غیر از حج، نه به نحو حقیقت و نه به صورت مجاز، برفاسد و باطل اطلاق نمی شوند و در نتیجه، اطلاق غلط است؟

یا منظور اینست که: بر نحو حقیقت اطلاق نمی شود ولی مجازاً اطلاق می شود؟منظور ایشان احتمال ثانی است یعنی لا یطلق علی الفاسد حقیقةً، اما مجازاً یُطلق، زیرا کسی در این تردید ندارد که به علاقهٔ کل و جزء و غیر آن، لفظ بیع بر بیع فاسد هم اطلاق می شود.

نتیجه: به عقیدهٔ شهید اوّل و دوّم ره الفاظ معاملات و عبادات، برای خصوص صحیح وضع شده اند و استعمال آنها در اعمّ ازصحیح و فاسد، مجازی است.

قوله: ویشکل:

از اینجا تا آخر در واقع بیان دو اشکال برشهیدین و سپس دفاع از شهیدین

---

(۱)القواعد والفوائد، ج۱، ص۱۵۸، قاعدهٔ ۴۲، فائده سوّم.

و دفع دو اشکال است:

اشکال اوّل: [این اشکال، صریحاً در متن نیامده ولی از ضمن جواب آن که در متن آمده، می توان اشکال را دریافت.] لازمهٔ قول به وضع این الفاظ برای خصوص صحیح، و مجاز بودن اطلاق آنها برفاسد، آنست که: قید صحّت در معنی این الفاظ اخذ شده باشد، و لازمهٔ اخذ آن، التزام به حقیقت شرعیه در مورد معانیِ الفاظ معاملات است. در حالی که نتوان به این لازم ملتزم شد، زیرا قطعاً الفاظِ معاملات، معنای مستحدث و جدیدی پیدا نکرده و به همان معنای لغوی خود باقی اند.

اشکال دوّم: مقدّمه: مهمترین ثمرهٔ بحث از صحیح و اعمّ آنست که: بنابر صحیح، در باب شک در اجزاء و شرائط [مثل جزئیّت سوره در نماز، شرطیت عربیّت در بیع و ...] نتوان به اطلاقات و عمومات [اقیموا الصلاة، احل اللّه البیع] تمسک کرد، زیرا صحیح یعنی تام الاجزاء والشرائط، وعلی الصحیح هر جزء یا شرطی در اصل ماهیت، دخالت دارد و مقوّمِ ماهیّت شیء است. و وقتی در جزء یا شرطی شک می کنیم، برمی گرد و به اینکه در اصل صدق اسم و عنوان صلوتی یا بیعی، بدون آن امر مشکوك، شک کنیم، و از شروط مسلّم تمسک به عام یا مطلق، احرازِ صدق الاسم است، و گرنه تمسک به عام یا مطلق در شبههٔ مصداقیّهٔ خود دلیل عامِ یا مطلق، خواهد بود که بالاجماع جایز نیست.

ولی بنابر اعمّ، در شک در جزء یا شرط، می توان به اطلاق تمسک کرد، زیرا علی الفرض بدون این شیء مشکوك هم، عنوان متعلّق الخطاب، صادق است. و شک ما در قید زائد است و نمی دانیم که آیا سوره مثلاً درغرض صلوتی دخالت دارد یا نه؟ آیا عربیّت در غرض بیعی دخیل است یا نه؟

می گوئیم: مولی درمقام بیان بود و ... وخلاصه مقدمات حکمت فراهم بود، معذلک نفرموده: اقیموا الصلوة مع السورة و ... پس معلوم می شود، سوره

در غرض مولی دخیل نیست. و ... این ثمرهٔ اصلی بحث.

با حفظ این مقدمه می گوئیم: طبق مبنای شهیدین که الفاظ معاملات را در خصوص صحیح حقیقت می دانند، لازمه اش آنست که: در مقام شک در اعتبار و اخذ چیزی در معاملات [مثل عربیّت و ماضویّت و ...] نتوانیم به اطلاق دلیل بیع [احل اللّه البیع] و اطلاق ادلّهٔ سایر عقود [الصلح جایز و ...] تمسک کنیم. [به بیانی که در ثمره مقدّمهٔ آوردیم] در حالی که سیرهٔ مستمرّهٔ علماء اسلام [اعم از شیعه و سنی] در طول تاریخ این بوده که: به این عمومات و اطلاقات تمسک کرده و شرطیت یا جزئیّتِ امر مشکوك را نفی می کردند.

و اساساً در بابِ معاملات غیر از یک سلسله عمومات و اطلاقات، ما چیزی نداریم و مثل عبادات نیست که برای هرفرع کوچک آن گاهی دهها روایت وارد شده است. ولی در معاملات ما هستیم و چند تا عمومات که از اوّل تا آخر بیع مستمسک ما است. پس سخن و مبنای شهیدین برخلاف سیرهٔ مستمرهٔ است.

قوله: نعم:

این فراز، جواب ازاشکال اوّل است:

مقدّمه: انطباق و صدق عناوین حقیقیّه برمصادیق و معنونات آنها تابع اعتبار و قصد نیست بلکه قهری و واقعی است مثل عنوان قتل که برفعل قاتل صدق می کند چه عامد و چه خاطی و ... ولی صدق عناوین اعتباریه و قصدیه برمصادیق خودشان، تابع اعتبار وقصد است، فی المثل عنوان تعظیم برمجرّد قیام یا کلاه برداشتن یا دست به سینه نهادن و ... صدق نمی کند، بلکه اگر همراه با قصد تعظیم شد تعظیم صدیق است و ویژگی عناوین اعتباری آنست که به اختلاف اعتبارات مختلف می شود، فی المثل نزد قومی برداشتن کلاه از سر، علامت احترام است ولی نزد قوم دیگر، نشانهٔ بی حرمتی می باشد و ... .

با حفظ این مقدّمه می گوئیم: بیع و مانند آن برای خصوص صحیح وضع شده

امّا نه صحیح شرعی بلکه صحیح عرفی، یعنی آن عقد و انشاء تملیکی که عند العرف صحیح و مؤثر در ملکیّت باشد، معنای بیع است. و شارع مقدس هم اصطلاح جدیدی نیاورده تا حقیقت شرعیه شود و اشکال وارد باشد، بلکه عند الشارع هم معنای بیع همان معنای عرفی است. و اختلاف عرف و شرع در مصادیق است، یعنی بیوعی را خود عرف هم بیع صوری دانسته وآنها را مؤثّر در نقل و انتقال نمی داند، مثل بیع هازل، و بیوعی را عرف مؤثر دانسته و برآنست که: چنین بیعی صحیح و اثردار است از قبیل بیع اکثر چیزها، از نظر شارع نیز صحیح و مؤثرند و اختلافی نیست. و بیوعی را عرف، صحیح و مؤثر می داند مثل بیع خمر و خنزیر و ربوی و... ولی شرع، عرف را تخطئه کرده وآنها را مؤثّر در تملیک و تملّک نمی داند، و این اختلاف در مصادیق و تخطئة العرف در بعض مصادیق است و ربطی به اصل معنی ندارد. پس اشکال اوّل مندفع شد.

حال ترجمهٔ متن را طبق توضیح مرحوم شهیدی می آوریم:

ممکن است در جواب اشکال گفته شود: بیع و شبه آن [سایر عقود] در نظر عرف و عقلاء هرگاه استعمال شود در حاصل [خود تملیک، نه تملّک که مسبّب وبسیط بود و از بحث صحیح واعم خارج شد.] از مصدر [انشاء تملیک] الّذی هم صفت مصدر است، یعنی آن مصدری که اراده می شود از قول قائل که در مقام انشاء می گوید: بِعتُ، حقیقةً استعمال نمی شود مگر در عقدی که صحیح و مؤثر باشد، ولو در نظر عرف،

سپس اگر این انشاء تملیک در نظر شارع هم مؤثر بود، بیع شرعی هم خواهد بود، و گرنه بیع صوری و صورت بیع است. همانند بیع هازل که عرفاً و شرعاً صوری است. پس آن بیعی که از او اراده می شودچیزی که [تملیک] عقیب قول قائل: بعت، در مقام انشاء حاصل می شود، چه عرفاً و چه شرعاً، آن بیع حقیقت در صحیح است آنهم صحیحی که مفید اثر باشد، و در غیر آن مجازاً

استعمال می شود. منتهی افاده [تملیک] و ثبوت فائده [تملک و حصول ملکیت] در نظر عرف و شرع متفاوت است. [زیرا چه بسا شرعاً درثبوت و ترتب این فائده شروطی لحاظ شود که عرفاً ملحوظ نبود.

قوله: وامّا وجه:

جوابِ اشکال دوّم: از جوابِ اشکال قبلی، جواب این اشکال هم روشن می شود.

بیان ذلک: بین قول به صحیح و صحّتِ تمسّک به اطلاقات و عمومات عندالشک در جزئیّت یا شرطیّت، منافاتی نیست، و قابل جمع می باشند، زیرا که برفرض قول به وضع الفاظ عقود للصحیح [کما قال به الشهیدان] منظور صحیحِ عرفی است، یعنی عقدی که از نظر عرف واهل محاوره، صحیح و مفید و مؤثر باشد، نه صحیح شرعی [چون سراز حقیقت شرعیه در می آورد، که ردّ شد.] خطابات هم منزّل برعرف است و برهمان معنای عرفی حمل می شود، آنگاه اگر معامله ای [بیع یا صلح و...] عرفاً جامع جمیع اجزاء و شرائط بود و صحّت عرفیّه محرز بود، ولی از دیدگاه شارع، شک کردیم که آیا جزئی یا شرطی مازاد برجهات عرفی، دخالت دارد یا نه؟ في المثل آیا عربیّت هم در بیع لازم است یانه؟

در اینجا ولو صحیحی هم باشیم، حق داریم به اطلاقات و عمومات تمسّک کنیم و بگوئیم: مولی درمقام بیان بطور مطلق فرمود: احلّ اللّه البیع و مقیّد به عربیّت نکرد و نفرمود: البیع العربی، یا بطور مطلق فرمود: اوفوا بالعقود یا تجارةً عن تراض، یا الصلح جائز، یا اقرار العقلاء علی انفسهم نافذ، و... . و تقیید به عربیّت را نیاورد، پس معلوم می شود، از نظر شارع هم عربیّت دخیل نیست و بدون آن هم غرض مولی حاصل می شود.

و سرّ مطلب آنست که: اگر مراد صحیح عرفی شد، بدون این قید هم صدق

الاسم محرز است، و شکّ مادر دخالت قید زائدو خصوصیت زائده بر صدق عنوان در غرض مولی است، و چون در مقام بیان، آن را نیاورد، معلوم می شود دخیل در غرض مولی نیست. فلا مانع که ما صحیحی باشیم و به اطلاقات هم تمسّک کنیم.

[و لذا در علم اصول می خوانیم: در باب معاملات، قول به صحیح با قول به اعمّ، ثمره مهمّی ندارد وهر یک از اعمّی و صحیحی در مقام شک در شرطیت یا جزئیّت چیزی عند الشارع، حق دارند به اطلاق تمسک کنند، امّا اعمّی که پرواضح است.

و امّا صحیحی هم به بیانی که در جواب اشکال ثانی گذشت.

آری در عبادات این نزاع کاملاً ثمره دارد و در مثل شک درجزئیّت سوره در نماز اعمّی می تواند به اطلاق اقیموا الصلوة تمسک کند ولی صحیحی نه، به بیانی که مبسوطاً در کتب اصولی از قبیل کفایة الاصول و اصول فقه آمده، و در معاملات هم یک ثمرهٔ ناچیزی دارد و آن اینکه: اگر از دیدگاه خود عرف، در اعتبار چیزی شک کردیم، اینجا اگر اعمی باشیم حق داریم به اطلاقات تمسک کنیم ولی اگر صحیحی شدیم، حق تمسک نداریم، چون بدون آن امر مشکوك، اصل صدق الاسم مشکوك است و شرط تمسک به عام یا مطلق، احراز صدق الاسم است و گرنه تمسک به عام در شبهه مصداقیه خواهد بود.]

ترجمهٔ عبارتِ متن:

و امّا فلسفه و دلیل تمسک علماء به اطلاق ادلّهٔ بیع، [احلّ اللّه البیع و...] و مانند بیع [صلح مثلاً نظیر الصلح جایز و...] آنست که: خطابات وارده در آیات و روایات، منزّل برعرف است و به زبان آنها سخن گفته، پس اگر لفظ بیع یا صلح و... در خطابات شرعیه آمده بود، باید بر یکی از دو امر حمل شود:

۱ ـ یا بر آن چیزی که او در نظر عرف صحیح و مؤثر ومفید است، حمل

می شود [منظور همان الحاصل من المصدر است یعنی تملیک] و یا بر مصدری که از لفظ بعت اراده شده، حمل می شود [منظور خود بیع است که مصدر بعتُ است و معنای آن انشاء تملیک است.] و اگر خطابات حمل بر صحیح عرفی شد، چنانکه در خصوصیتی شک کردیم، می توانیم به اطلاق حکم به حلیّت [در آیهٔ احلّ اللّه البیع] و حکم به وجوب وفاء [در آیهٔ اوفوا بالعقود] تمسک کرده و نتیجه بگیریم که: عربیت مثلاً در غرض مولی دخالتی ندارد، و بیع بدون عربیّت هم نزد شارع مقدس، مؤثّر است، آنگونه که عرفاً مؤثر بود.

فتأمل: در مطالبی که در جواب از دو اشکال آوردیم: تأمّل کن، چرا که سخن را مقامی دیگر است. [منظور مبحث حقیقت شرعیه بودن و نبودن الفاظ معاملات است، و نیز مسئله صحیح و اعمّ است که مبسوطاً در مطارح الأنظار، مورد بحث قرار داده اند.] تا اینجا بحث تصورّی و مقام تعریف بیع تمام شد.

(معاطات)
یا
(دادوستد عملی)

قوله: الکلام فی المعاطات:

بطور کلی شرعیات و عرفیات و عقلیّات، یک سلسله اسباب و مسبّبات دارند و اساساً عالَم، عالَمِ اسباب و مسبّبات است. بحث مادر اسباب شرعیه است، و در باب عبادات هم فعلاً بحثی نیست. در معاملات هم فعلاً به سایر معاملات کاری نداریم [و جریان معاطات در آنها اختلافی است.] بحث ما در خصوص بیع است. در این باب مسبّب عبارتست از علقهٔ ملکیّت وسببِ آن عبارتست از: انشاء تملیک عینٍ بعوضٍ، ولی انشاء تملیک دوشعبه دارد.

۱ ـ انشاء تملَیک قولی که با ایجاب و قبول انجام می گیرد و نامش بیع قولی یا بیع بالصیغه است، و مبسوطاً خواهد آمد، و مقصد اصلی ما است.

۲ ـ انشاء تملیک فعلی که با فعل و عمل خارجی حاصل می شود و بیع فعلی یا معاطات، نامیده می شود، و فعلاً مورد بحث است:

قبل از هر مطلبی با تعریف معاطات، آشنا می شویم: واژهٔ معاطات، مصدر باب مفاعله است و این باب میان دو کَس باشد یعنی طرفینی بوده. و عبارتست از

اینکه هرکدام از دو نفر به دیگری مالی را اعطاء می کند [دادن] و متقابلاً از دیگری مالی را اخذ می کند [ستاندن] پس معاطات، اعطاء و اخذ طرفینی است، و کلٌّ منهما اعطائی و اخذی دارد [البته صور مختلفی قابل فرض است که فعلاً مدّ نظر نیست.

از قبیل: گاهی این تعاطی و اعطاء و اخذ طرفینی دقیقاً همزمان انجام می پذیرد. مثل اینکه زید در آنِ واحد با دستی کتابی رابه بکر می دهد و با دست دیگر ساعتی را دریافت می کند. و گاهی در طول هم ومترتّب بریکدیگرند، یعنی اوّل زید کتاب را اعطا می کند، وبکر آنرا اخذ می کند، و سپس بکر ساعتی را به زید می دهد و زید آن را می گیرد.

و گاهی تعاطیِ فعلی نیست بلکه از یکطرف اعطاء و از طرف دیگر اخذ است و پس از مدّتها از طَرف دیگر هم اعطائی صورت می گیرد. فی المثل در بیع نسیه یا سلف یا قرض فعلاً اعطاء و اخذ از یکطرف است، وسرموعد از طرف دیگر انجام می پذیرد و... ولی قدر مشترك تمام اینها، اینست که در همهٔ اینها قول و صیغه مطرح نیست و تنها عمل خارجی است.]

قوله: وهو يتصور:

برحسب مقام تصوّر در معاطات یا اعطاء و اخذ فعلی، چهار صورت متصوّر است:

۱ ـ هر یک از متعاطیین فقط به قصد اباحهٔ تصرّف [و اینکه دیگری حقِ تصرّف در آن مال مأخوذ پیدا کند،] مالی را بدیگری می دهد، و هیچکدام قصد تملیک ندارد [همانند طعامی که میزبان به میهمان تقدیم می کند که صرفاً اباحهٔ تصرف است نه تملیک.]

[و منظور از اباحه در اینجا اباحهٔ مالکیّه است نه اباحهٔ شرعیّه، و بینهما از نسب اربع عموم من وجه است: آنجا که اباحه مالکیه باشد ولی شرعیه نباشد،

مثل اینکه طفل صغیری مالش را به شما می دهد و اجازهٔ تصرف می دهد، ولی شارع مقدس به شما اجازه نداده و اجازهٔ صغیر را نافذ ندانسته. آنجا که اباحهٔ شرعیه باشد مثل حق المارّة که شارع اجازه داده که مرور کننده از ثمره و میوه درختی که در طریق عمومی است استفاده کند، یا عندالاضطرار برای سدّ جوع و به مقدار رفع ضرورت، از طعام دیگران استفاده کند و... وآنجا که هم اباحهٔ مالکیه و هم شرعیه باشد، مثل طعام حلالی که برای ضیف مهیّا می شود، یا هدیه می شود و...

و آنجا که هیچکدام نباشد مثل مالِ غصبی که بدون طیب نفس از مالک اخذ شده که نه مالک راضی است، و نه شارِع اذن داده. و اباحهٔ مالکیّه گاهی به لفظ صریح است، مثلاً می گوید: ابحتُ لک التصرف... و گاهی با فعل است و مهمّ احراز رضایت او است که اگر علم داشتیم ولو از اذن فحوائی کفایت می کند.]

۲ـ هر یک از متعاطیین به قصد تملیک [منظور خصوص بیع است، زیرا به عقیدهٔ شیخ تملیکِ معاوضی چیزی جز بیع نیست. و مبسوطاً گذشت.] مالی را به دیگری می پردازندَ [فرد شایع از معاطات در خارج، همین صورت است.]

مضافاً به دو فرض مذکور، دو صورت دیگر هم در معاطات ذکر شده [به مرحوم کاشف الغطاء نسبت داده شده(۱)] که مورد قبولِ مرحوم شیخ نیست و لذا ردّ می کنند:

۳ـ در خارج وجهان حسّ یک نقل و اعطائی حاصل شد و دیدیم که دو نفر هرکدام مالی از اموال خود را بدیگری داد و عوضی را اخذ کرد ولی قصد هیچ عنوانی از عناوین خاصّه را نداشتند [نه قصد بیع و نه قصد صلح، نه هبه و نه قرض و نه عاریه و نه اباحهٔ تصرّف و...] بلکه صرفاً دادن و ستاندنی صورت گرفت، یعنی شخصی چیزی را اعطاء کرد به منظور اینکه چیزی را بگیرد متقابلاً دیگری هم آن چیز موردنظر اولی را به او داد، امّا به چه قصدی؟ قصد خاصّ مطرح نیست.

(۱) شرح قواعد خطی که در اختیار ما نیست.

۴ ـ هدف متعاطیین از این اعطاء واخذ، تملیک است، و به قصد تملیک دادوستد می کَنند امّا نه تملیک مقید و خاص [بیع] بلکه تملیک مطلق. [که اعمّ از بیع وصلح و قرض و هبۀ معوّضه است.]

مرحوم شیخ این دو وجه را قبول ندارد، و در ردّ وجه اوّل می فرمایند: از محالات است که دافع [دهنده و معطی] یا واقع و نفس الامر [طبق نسخه بدل] از همۀ عناوین خاصّه خالی باشد، یعنی نه قصد بیع بکند و نه اباحۀ تصرف و نه عاریه [که برای انتفاع است] و نه ودیعه [که برای حفظ ونگهداری است] و نه قرض و نه سایر عناوین خاصّه [هبه ـ صلح و ...] را قصد نکند [وجه الامتناع: این اعطا و اخذ یک فعل قهری و از قبیل حرکت دست مرتعش و مبتلا به رعشه که نیست تا بی اختیار، حرکتی و فعلی انجام بگیرد، بلکه از افعال اختیاریّه است که با اراده و اختیار یعنی با قصد انجام می گیرد، و فعل قصدی است و محال است که قصد و اراده باشد ولی مقصود و مرادی در بین نباشد، اراده از صفات ذات الاضافه است و مضاف الیه و متعلق می طلبد و حتماً باید روشن کنند که به چه قصدی بوده، پس خلوّ از این قصدها ممکن نیست.]

و در ردّ وجه ثانی می فرماید: قبلاً در جواب اشکالات تعریف البیع در جواب اشکال اوّل و دوّم وششم وهفتم گفتیم: تملیک معاوضی اعمّ از بیع نیست، بلکه مرادف با بیع است پس اعطاء و اخذ به قصد تملیک، همان بیع است و لاغیر، اطلاق ندارد تا غیر بیع را شامل شود.

پس اینکه فرمودید: قصد متعاطیین ملکیت مطلقه باشد نه خصوص بیع، ما قبول نداریم. [صلح که اصلاً تملیک نبود بلکه تسالم بود، هبۀ معوضه هم که تملیک مجّانی بود، شراء هم که تملّک بود، قرض هم که تملیک تضمینی بود و ... پس تملیک معاوضی اطلاق ندارد.]

قوله: نعم:

البته جواب مذکور برمبنای ما بود که تملیک معاوضی را مرادف و مساوی با بیع می دانیم ولی از کلمات غیر واحدی از فقهاء در بعض از فروعات فقهی، استفاده می شود که آنها تملیک معاوضی را اعمّ از بیع می دانند.

مثلاً در مسئله بیع لبن گوسفند که شخصی می گوید: برای مدّت یکماه شیر این گوسفند را فروختم، یا ثمرهٔ باغی را برای یکسال می فروشد، گفته اند: اگر تعبیر به بعتُ باشد، احکام بیع را دارد ولی اگر تعبیر به ملّکت باشد، مجرّد تملیک است، ولی احکام خصوص بیع یا صلح و... را ندارد بلکه احکام مطلق تملیک که مشترك فیه است، مترتب می شود. ولی ما این را قبول نداریم.

قوله: ثم انّ:

بیع قولی اثرش ملکیت لازمه است مگر حق الخیار باشد. ولی سئوال اینست که: معاطات و اعطاء و اخذ طرفینی، نتیجه واثرش چیست: آنکه مسبّب از این سبب فعلی می باشد چیست؟

احتمالات و وجوه و اقوالی مطرح است که بعداً تا شش قول خواهند شمرد و فعلاً به سه قول اشاره شده:

۱ ـ **مشهور فقهاء امامیّه می گویند:** معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است، یعنی بدنبال دادوستد مذکور، برای طرفین یک اباحهٔ تصرفی ثابت می گردد، بدون آنکه مالِ مأخوذ در ملک آنها داخل شود. و هنگامی که یکی از دو مال در دست یکی از آندو تلف شد ملکیّت برای دیگری حاصل می شود و مالی که در دست او است ملک او می شود و دیگری حق ندارد از او بستاند.

۲ ـ مرحوم شیخ مفید از خاصه[۱] و پیروان ابی حنیفه از عامّه[۲] برآنند که معاطات ازنظر اثر مثل بیع قولی است و مفید ملکیّت لازمه است، و کمبودی

---

(۱) مصنفات الشیخ المفید، ج۱۴، چاپ کنگرهٔ جهانی شیخ مفید، ص۵۹۱.

(۲) فتح العزیز، ج۸، ص۹۹تا۱۰۱.

ندارد.

۳ـ مرحوم علاّمه در نهایة الاحکام، احتمال داده که معاطات بیع فاسد وباطل باشد، یعنی نه مفید ملکیت لازمه است و نه ملکیت جایزه و نه حتی مفید اباحهٔ تصرف، وبکلّی بی اثر است.[۱] ولی علاّمه هم در سایر کتب خود از این نظر عدول کرده.[۲]

قوله: ولابدّ اوّلاً:

پیش از نقد و بررسیِ اقوال، باید محلّ نزاع را مشخص کنیم: در معاطات دو صورت قابل قبول داشتیم، آیا محلّ نزاع در صورت اوّل [معاطاتی که مقصود به آن مجرّد اباحهٔ تصرف باشد] است؟

یا صورت دوّم [معاطاتی که قصد طرفینِ از آن تملیک و بیع باشد] است؟ آنچه از ظاهر عبارات فقهاء امامیه و اهل سنّت استفاده می شود، اینست که: نزاع در معاطات به معنای دوّم است. [زیرا وقتی وارد بیع می شوند و آن را تعریف می کنند، بعد وارد شروط بیع می شوند واز جملهٔ شرائط، ایجاب و قبول یا صیغه را مطرح می کنند، و متفرّع برآن می گویند: معاطات که صیغه ندارد حکمش چنین و چنان است. و معنای تفریع آنست که: سایر جهات عموماً در معاطات وجود دارد، یعنی قصد تملیک هم هست و تنها از جانب صیغه کمبود دارد.]

قوله: وحیث:

برمبنای مشهور مشکله ای پیدا می شود که باید حلّ شود:

امّا مشکله: از طرفی فرض این شد که: محلّ نزاع در معاطات به قصد تملیک است یعنی متعاطیین این تعاطی را به نیّت تملیک و فروش انجام می دهند، و از طرف دیگر مشهور در یک چنین معاطاتی حکم به اباحه نموده و می گویند:

---

(۱) نهایةالکلام، ج۲، ص۴۴۹.

(۲) جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۱۳.

اثرِ آن تنها اباحهٔ تصرف است نه ملکیّت [آری پس از تلفِ یکی از دو مال، ملکیّت میِ آید، ولی از ابتدا نیست.]

اینجـا است کـه می پرسـیم چگونه مـعـقـول است کـه آنـچـه را طرفـین قـصـد کـرده اند [تملیک] حـاصل نشود [مـا قُصـد لم یقع] ولی آنچـه را کـه قـصـد نکرده اند [اباحهٔ تصـرف] محقّق شـود؟ [ما وقع لم یقـصد] در حالی کـه العقود والمعـاملات تابعهٔ للقصود، فکیف یجمع بینهما؟

راه حلّ: مـشکل مذکـور مـوجب شده کـه محـقّق ثانی یک راه حلّ و صـاحب جواهر راه حلّ دیگری عرضه کنند:

توجیه مـحقّق ثانی: ایشان در دو کتـابش [جامع المقاصد فی شـرح القواعد[۱] و حاشیه برارشاد علاّمه[۲]] فرموده: مراد مشـهور از اباحهٔ تصرف، همان ملکیت است امّا ملکیت جایز و متـزلزل، کـه هـر کـدام از طرفـین می تواننـد فـسخ کنند و هنگامی کـه یکی از دو مـال تلف شـد، تبـدیل به ملکیت لازمـه شـده و قـابل نسخ نیست. [طبق این توجیه مقصود متعاطیین تملیک بوده و اثر هم ملکیت است فما قُصِد وَقَع و مشکلی ندارد.]

توجیه صـاحب جواهر: ایشان توجیـه محقق ثانی را بعید شمـرده [وجه البُعد آنست کـه: بزرگـان از مـشـهـور در کلمـاتشـان کـه فـرازهائی را خـواهیم آورد، صـریحاً گـفتـه اند مـعـاطات مـفـیـد ملک نیست و نفی ملکیـت نموده اند، و با نصّ به خـلاف، چگونه کـلام آنهـا را تأویل ببـریم؟ مـگر نصّ هم توجیـه بردار است؟ مـضافاً به اینکه اینان مـتـخـصّصین فن هستند و می دانندکـجـاها تعبیربه اباحـه کنند و کـجـاها به ملکیّت،] و روی همـین استـبـعـاد ناچار شـده بفـرمـاید: اسـاسـاً مـحلّ نزاع، درمـعـاطـات به معنای اوّل [قـصـد اباحـهٔ تصـرّف] است. و تـرجیح داده کـه:

---

(۱) جامع المقاصد، ج۴، ص۵۷و۵۸.
(۲) حاشیهٔ خطّی ارشاد در اختیار ما نیست.

اباحهٔ را در کلمات قوم برهمان معنای ظاهرش که نقطهٔ مقابلِ ملکیّت است، ابقاء کنیم، و به محقق ثانی طعنه زده که ایشان نزاع را در معاطات بالمعنی الثانی قرار داده است ... .(۱)

قوله: و الانصاف: مرحوم شیخ می فرماید: انصاف اینست که: توجیهِ محقق ثانی [که اباحه را در کلمات مشهور برملکیت جایز و متزلزل، حمل کرد.] از مساق و راندمان کلام قوم، بی نهایت فاصله دارد و خیلی بعید است.

[زیرا **اوّلاً** در تعابیرِ اصحاب و فقهاء امامیّه «نظیر شیخ طوسی در مبسوط و خلاف، ابن ادریس در سرائر، سیدبن زهره در غنیه، ابوالصلاح حلبی در کافی، علاّمه درتذکره و سایر کتابهایش، که عبارات اینها یک یک خواهد آمد.» کلمهٔ اباحهٔ تصرّف آمده، و حمل آن برملکیت متزلزل خلاف ظاهر بوده ودلیل می خواهد.

ثانیاً در پاره ای از تعبیرات با کلمهٔ انّما معاطات را منحصراً مفید اباحه دانسته و قدری توجیه محقّق را مشکلتر می سازد.

و **ثالثاً** در بعض کلمات تعبیر به لا یکون بیعاً ولا عقداً و ... شده که تا حدودی نصّ در عدم ملکیّت است چون بیع همان تملیک است و بیع نیست یعنی مفید ملکیت نیست. و توجیه محقق را مشکلتر می سازد.]

و **رابعاً** به قول مرحوم شیخ: بل کلمات ... یعنی برخی از کلمات صریح در عدم ملکیت است وبا نصّ به عدم ملکیت چگونه می توان کلام را توجیه کرد و حمل برملکیت نمود؟ مگر نص هم قابل تأویل و توجیه است؟ حاشا و کلاّ! این توجیه بما لا یرضی به صاحبه است.

[**و خامساً:** تازه توجیه محقق تمام اشکال را رفع نکرد زیرا که مقصود متعاطیین ملکیت لازمه است و کلام در معاطاتی است که به قصد تملیک کذائی انجام گرفته، ودر اینجا مشهور تعبیر به اباحه کرده ند، محقّق فرمود: مراد

(۱)جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۲۴و۲۲۵.

مشهور ملکیت است و معامله مطابق با قصد متعاطیین است. ولی ملک متزلزل نه لازم، و در این ویژگی تطابق نیست. زیرا مقصود ملک لازم بود، ولی ما وقع فی الخارج ملک جایز است. پس اشکال به حال خود باقی است، یعنی ما قُصد لم یقع و ما وقع لم یقصد.]

قوله: الاّ انّ:

اگر چه توجیه محقق ثانی را بعید دانستیم، ولی توجیه صاحب جواهر [که فرمود: اصولاً نزاع در معاطاتی است که به قصد اباحهٔ تصرّف انجام پذیرد ...] اَبْعَدْ از توجیه محقّق است. [وجه ابعدیّت اموری است:

۱ ـ ظهور کلمات العامّة و الخاصّة فی تفریع المعاطات علی اشتراط الصیغة فی البیع و عدمه فمن اشترطها فرّع علیه عدم کفایتها فلو کان مورد النزاع ما قصد به الاباحه لما صحّ التفریع من الجانبین.

۲ ـ انّ مورد نفی الخاصّة افادتها للملک عین مورد اثبات العامّة فیه افادتها الملک اللازم ومن المعلوم انّ مورد اثباتهم ذلک ما قصد به التملیک اذ القول بالملک اللازم مع قصد الاباحة لا یصدر من الصبیّ.

۳ ـ ان الشایع بین الناس ما قصد به الملک و امّا ما قصد به الاباحة فهو نادر جداً فلوکان محلّ النزاع بینهم هو الثانی لزم التعرض لبیان حکم النادروهو بعید عن وظیفتهم الی الغایة.[1]]

۴ ـ وجوه قبلی از حاشیهٔ مرحوم شهیدی ذکرشد. و وجه رابع در کلام خود شیخ اعظم بابل ترقّی آمده و آن اینکه: اصولاً در کلام احدی از بزرگانی که نام بردیم و عبارات آنها خواهد آمد، لفظ و تعبیری که قابل حمل برتوجیه صاحب جواهرباشد وجود ندارد تا آن را موجّه سازد.

قوله: ولننقل:

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۵۷.

بجا است که در اینجا سخنان برخی از اساطین فقه را در باب معاطات، نقل کنیم تا روشن شود که چگونه: توجیه محقّق ثانی بعید و توجیه صاحب جواهر ابعد از مراد مشهور است:

قوله: قال فی الخلاف[1]:

اوّلین عبارت، کلامی از شیخ طوسی درخلاف است: هرگاه انسان قطعه ای [دینار یا سکّه و خلاصه: وجهی و بهائی] را به سبزی فروش یا آب فروش داده به او بگوید: درمقابل این مبلغ مقداری سبزی یا آب به من بده، و سبزی یا آب فروش هم پول را گرفته و مقداری سبزی یا آب به او بدهد، چنین اعطاء و دفعی بیع نمی باشد [طبق تعریف شیخ انصاری از بیع، لایکون بیعاً ای لا یکون تملیکاً انشائیاً... و طبق تعریف خود شیخ در مبسوط که بیع را به انتقال و اثر معنی کرده لا یکون بیعاً ای لا یکون المعاطات سبباً للملکیة والانتقال.] و اختصاص به سبزی وآب ندارد، در سایر محقرات هم مطلب همین است. [محقرات یعنی اشیاء حقیر از نظر قیمت مثل آب، سبزی، یخ، نان و... در مقابل اشیاء خطیر و مجللاّت، یعنی چیزهای گرانبها از قبیل البسه، مرکب، فرش و... و مناط در حقیر بودن در کلمات عامّه به دو نحو ذکرشده:

۱ ـ بعضی گفته اند: الحقیر ما لم یبلغ نصاب السرقة،[2] که نصاب سرقت ۱/۴ مثقال طلای خالص یا معادل آن از چیزهای دیگر است.

۲ ـ و بعضی گفته اند: مرجِع در تعیین حقیر بودن یک مال، عرف است[3] وهو الحق، زیرا وجه اوّل جز قیاس دلیلی ندارد.] پس معاطات در امور مذکور بیع و تملیک نیست. بلکه منحصراً اباحهٔ تصرف است. و هر یک از متعاطیین حق

(۱) سلسلة الینابیع الفقهیه، ج۳۵، ص ۲۸، مسئله۵۹، الخلاف، ج۳، ص۴۱، مسئله۵۹.
(۲) رافعی از اهل سنّت در کتاب: المجموع، ج۹، ص۱۶۴، فتح العزیز، ج۸، ص۱۰۱.
(۳) المجموع، ج۹، ص۱۶۴.

دارند در مالی که بدست آنها رسیده تصرف کنند، بدون اینکه آن مال، ملک آخذ باشد. گویا کسی می پرسد: ثمره این بحث چیست؟ بالاخره هرکدام حق تصرف دارند ولو تصرفاتِ متوقف برملکیّت. ملک آخذ شده یا نه، چه فرقی می کند؟

جوابش اینستَ که: اگر مال مأخوذ بالمعاطاة ملک آخذ شود، طرف مقابل یعنی مُعطی حق ندارد آن را استرجاع کند و بر گرداند، ولی اگر ملک او نشده و تنها اباحهٔ تصرف پیدا شده، تا عین مال باقی است هرکدام از متعاطیین حق دارند مال دیگری را ردّ کرده و مال خود را استرداد نمایند. [چون مال او است والناس مسلطون علی اموالهم[۱]] از علماء عامّه هم شافعی همین نظر ما را دارد.

ولی ابوحنیفه می گوید: معاطات اگرچه ایجاب و قبول ندارد، ولی بیع صحیح است یعنی بیع و تملیکی است که مفید و مؤثر است و موجب ملکیّت گیرنده می شود [و ازاین جهت فرقی با بیع بالصیغه ندارد.]

البته ابی حنیفه این فتوی را در محقرّات داده [یعنی در واقع ایشان قائل به تفصیل شده و میان محقرات و غیر آنها فرق گذاشته است، به اینکه: در امور حقیر معاطات هم کافی است و موجب ملکیت است ولی در امور خطیره کافی نیست و موجب ملکیت نمی شود.[۲]]

---

(۱)بحار الانوار، ج۲، ص۲۷۲.

(۲)از کتاب الفقه علی المذاهب الاربعة، ج۲، ص۱۵۵و۱۵۶سه قول مستفاد است:

الف: شافعیه می گویند: البیع لاینعقد بالمعاطات.

ب: صاحب کتاب الاحیاء تفصیل داده و مالَ الی جواز البیع فی الاشیاء الیسیرة بالمعاطات لانّ الایجاب والقبول یشقّ فی مثلها عادةً.

ج: در متن همان کتاب، ص۱۵۶: الثانی المعاطاة: وهی الاخذ والاعطاء بدون کلام کان یشتری شیئاً ثمنه معلوم له فاخذه من البایع و یعطیه الثمن وهو یملک بالقبض.

ولا فرق بین ان یکون المبیع یسیراً کالخبز والبیض ونحوهما مما جرت العادة بشرائه متفرّقاً، او کثیراً کالثیاب القیّمه. خلاصه ایشان تفصیل نداده و مطلقاً مفیدملک دانسته است.

سپس شیخ طوسی برمدّعای خود استدلال کرده: [شیخ دو ادّعا داشت:

۱ ـ معاطات مفید ملکیت نیست.

۲ ـ مفید اباحهٔ تصرف است. و برای هرکدام جداگانه دلیل آورده]

امّا دلیل مدعای اوّل: ملکیت مسبّب از یک سبب شرعی است [ولو امضائی باشد] و اسباب شرعیّه توقیفی هستند [یعنی توقف دارند بربیان شارع] و وقتی ما به آیات و روایات مراجعه می کنیم شارع بیع بالصیغه را سببِ ملکیت قرار داده و فرموده: احل اللّه البیع، ولی معاطات را سببِ ملکیت، جَعل نکرده است. و وقتی دلیلی برسببیّت آن نیافتیم، بناچار حکم به عَدم نموده و آن را موجب ملک نمی دانیم، و برفرض شک هم اصالة عدم السببیّة یا استصحاب بقاء مال مأخوذ برملک مُعطی، جاری می کنیم.

[مَنظور شیخ از کلمه العقد حکم شرعی ... اینست: العقد باعتبار سببیّته للملکیة حکم شرعی وضعی کسایر الاحکام الوضعیة لابّدّ ان یؤخذ من الشارع ...]

و امّا دلیل مدعای دوّم: اگر سببیّت معاطات ثابت نشد، پس علی القاعده باید آن را فاسد و باطل و بکلّی بی اثر بدانیم، پس چرا فرمودید: مفید اباحهٔ تصرف است؟ جوابش اینست که: اباحه به دلیل خاص ثابت است و آن اجماع همهٔ فقها براباحهٔ تصرف است.

[البته قبلاً از علاّمه در نهایه احتمال بیع فاسد بودن، نقل شد ولی علاّمه متأخر از شیخ است و فعلاً این شیخ طوسی است که مدّعیِ اجماع است.]

قوله: ولا یخفی:

مرحوم شیخ می فرماید: کلام شیخ طوسی در خلاف هم به صراحت دلالت دارد که: معاطات مفید ملکیت نیست و تنها مفید اباحهٔ تصرف است. [ازچند فراز این مطلب مستفاد است:

۱ ـ قوله: لایکون بیعاً وانّما یکون اباحة له.

۲ ـ قوله: من دون ان یکون ملکه.

۳ ـ قوله: لانّ الملک لم یحصل لهما.

۴ ـ قوله: دلیلنا انّ العقد... . وامّا الاباحة ... پس توجیه محقق ثانی ناتمام است.]

و هم صریحاً دلالت دارد که محلّ نزاع در معاطات به معنای دوّمی [ای ما قصد بها التملیک] است نه به معنای اوّلی [ما قصد بها الاباحة] پس توجیه صاحب جواهر ناتمام است. و سه شاهد در کلام شیخ طوسی بررد این توجیه وجود دارد:

۱ ـ مشهور امامیه در مقابل مشهور عامّه و مخصوصاً ابو حنیفه، فتوی به اباحه دادند، برخلاف آنها که فتوی به ملکیت دادند، حال بلا شک فتوای ابوحنیفه به بیع صحیح بودن، آنجائی است که قصد تملیک باشد و گرنه جای بیع بودن نیست. به قرینهٔ مقابله، فتوای مشهور امامیه هم به افادهٔ اباحه، موردی است که متعاطیین به قصد تملیک اعطا و اخذ می کنند. تا نفی و اثبات برمورد واحد وارد شود و گرنه نزاع لفظی خواهد بود.

۲ ـ در بعضی از کتب مذهب حنفیّه اوّل بیع را به مبادله مال بمال تفسیر کرده سپس گفته: بیع هم به ایجاب و قبول منعقد می شود و هم با تعاطی.[۱]

[این نیزشاهدآنست که پیروان مذهب ابوحنیفه موردی را اراده کرده اند که قصد تملیک باشد وگرنه بیع صدق نمی کند، و به قرینهٔ مقابله، مشهور امامیه هم در همین مورد طرفدار اباحهٔ تصرف شده اند.]

۳ ـ قوله: وأیضاً:

شیخ طوسی در مقام استدلال برنفی ملکیت، فرمود: عقد سبب شرعی

---

(۱) فتح العزیز، ج۸، ص۹۹تا۱۰۱.

برای ملکیت است و اسباب شرعیه توقیفی هستند... .

این طرز استدلال هم دلیل آنست که: اصل قصد ملکیت در متعاطیین، منتفی نیست و وجود دارد، وگرنه بهتر بود برای نفی ملکیت به نفی قصد تملیک استدلال می کرد. [چون ذاتی برعرضی تقدم دارد، و قصد تملیک ذاتی است و در اصل ماهیت بیع دخیل است، و اسباب مملّکة در رتبهٔ بعد و فرع بروجود قصد مذکور است. و تا استدلال به یک امر ذاتی راه دارد نوبت به غیر آن نمی باشد.]

و بلکه استدلال به نبود قصد تملیک، متعیّن بود، چون وقتی قصد تملیک نبود اصلاً بیعی نیست و سالبه به انتفاء موضوع است و جاندارد که بگوئیم: اسباب شرعیه توقیفی است و... زیرا این فرع بروجود قصد ملکیت است.

به هرحال از این طرز استدلال هم پیدا است که نزاع در معاطاتی است که مقصود به آن تملیک باشد. نه مجرّد اباحهٔ تصرف.

قوله: وقال فی السرائر:

دوّمین عبارت: ابن ادریس حلّی در کتاب سرائر ابتدا فرموده: در بیع ایجاب و قبول شرط است، سپس فرموده: باید ایجاب برقبول مقدم باشد و جلوتر ذکر شود. بدنبال آن فرموده:

اگر شخصی قطعه ای [دیناری مثلاً] به سبزی فروش یا آب فروش داده وبگوید: اعطنی بقلاً أو ماءً... چنین اعطاء و اخذی نه بیع است [انشاء تملیک] و نه عقد است [ایجاب و قبول که سبب تملیک است] و دلیل عقد نبودن: نبود ایجاب و قبول است. [سپس از سبزی وآب به سایر محقرّات تعدّی کرده واز آنجا هم به سایر اشیاء چه حقیر وچه خطیر، مطلب را توسعه داده و در تمام اینها فرموده: معاطات بیع و تملیک نیست. بلکه منحصراً اباحهٔ تصرف است. و هر یک از طرفین حق دارند در مالی که گرفته اند تصرّف کنند، بدون اینکه مالِ مأخوذ ملک آخذ باشد یا در ملک او داخل شود. [در اینکه مراد از ملکه او دخل فِی ملکه

چیست؟ احتمالاتی داده شده:

۱ ـ کلمهٔ ملکه مصدر ثلاثی مجرّد باشد، به معنای اینکه: به مجرّد اخذ ملک او نمی شود، بعد از اخذ هم تا عین موجود است در ملک او داخل نمی شود.

۲ـ قبل از تصرف ملک او نیست، بعد از آنهم تا عین باقی است ملک او نمی شود.

۳ ـ کلمهٔ ملّکه بالتشدید باشد یعنی دافع مال را به آخذ تملیک نکرده اختیاراً و مالِ مأخوذ هم در ملک آخذ داخل نشده قهراً] و هرکدام از متعاطیین حق دارند رجوع کرده و مال خود را از دیگری بگیرند، زیرا که با معاطات برای طرفین مالکیتی ایجاد نشد تا حق ردّ نباشد.

سپس فرموده: ولیس ذلک: یعنی کسی خیال نکند که حالا که معاطات مفید ملکیت نیست، پس از عقود فاسده است، خیر از عقود فاسده هم نیست، زیرا اگر عقد فاسد بود، لازمه اش این بود که نه تنها ملکیّت نیاورد بلکه اباحهٔ تصرّف هم در بین نباشد، در حالی که چنین نیست. پس معاطات نه عقد لازم است تا مفید ملک لازم باشد، نه عقد صحیح است تا مفید ملک متزلزل باشد، و نه عقد فاسد است که به کلّی بی اثر باشد بلکه منحصراً مفید اباحهٔ تصرف است.[۱]

قوله: فانّ:

در کلام ابن ادریس هم شواهد زیادی برردّ توجیه محقق ثانی وجود دارد از قبیل: لایکون بیعاً، من غیر ان یکون ملکه او دخل فی ملکه، لان الملک لم یحصل و... ولی جناب شیخ اینها را متعرض نمی شود، و تنها دو شاهد از کلام مذکور در ردّ توجیه صاحب جواهر می آورند:

۱ ـ برای اثبات اینکه لایکون بیعاً... یعنی مفید ملکیت نیست، استدلال نکرد به اینکه: چون قصد تملیک نیست پس بیع نیست، بلکه استدلال کرد به اینکه: چون ایجاب و قبول ندارد پس بیع نیست و ملکیت نمی آورد، پس معلوم می شود

(۱) السرائر، ج۲، ص۲۵۰.

فرض بحث ابن ادریس هم آنجائی است که: قصد تملیک باشد والاّ استدلال به نفی آن اولی بلکه متعیّن بود. [شبیه بیانی که قبلاً از عبارت شیخ طوسی در خلاف آوردند.

۲ ـ ابن ادریس این مسئله را در ذیل شروط عقد آورده یعنی اوّل فرموده: در بیع ایجاب و قبول شرط است ... سپس فرموده: پس معاطات بیع نیست، یعنی از جهات دیگر از قبیل قصد ملکیّت و ... کمبودی ندارد و تنها کمبودش جهتِ ایجاب و قبول است.

قوله: ولا ینافی:

به نظر مرحوم شیخ، مفروض کلامِ ابن ادریس، معاطات به قصد تملیک است. و در چنین فرضی فرموده: ملکیت حاصل نمی شود ولی اباحهٔ تصرّف می آورد. حال گویا کسی می گوید: اگر فرض کلام اینجا باشد باید گفت: معاطات عقد فاسد است، زیرا عقد فاسد آنست که: اثرِ مقصود برآن مترتب نشود، و در ما نحن فیه اثر مقصود ملکیت است که بار نشده، پس علی القاعدة عقد فاسد خواهد بود، در حالی که خود ابن ادریس تصریح کرد به اینکه: معاطات از عقود فاسده نیست، آیا این دو مطلب متنافیان نیستند؟

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: خیر تنافی ندارند زیرا که نفی و اثبات بریک مورد وارد نشده اند.

بیان ذلک، آنجا که طبق مفروض کلام، عقد فاسد بودن را نتیجه گرفتیم، منظور، فساد از جهت ملکیت بود، فاسد است یعنی اثر مقصود [ملکیت] براو مترتب نمی شود، و اینجا که تصریح به عدم ونفی کرده. منظور فساد العقد من جمیع الجهات است، که حتی مفید اباحه هم نباشد خیر از این جهت فاسد نیست. پس فاسد است یعنی ملکیت نمی آورد و فاسد نیست یعنی اباحهٔ تصرف می آورد، و بینهما منافاتی وجود ندارد.

قوله: و قال فی الغُنیة:

سومین عبارت از مرحوم سید بن زهره در کتاب غُنیه است: ایشان در مقام شرائطِ صحت و انعقاد بیع، اموری را شرط کرده و با هر شرطی از بیعی که فاقد آن باشَد دوری جسته، یکی ازشروط صحت، تراضی [رضایت طرفین به این معامله] است، با این شرط از معاملهٔ اکراهی احتراز کرده که باطل است.

یکی دیگر از شروط صحت، معلومیّت عوضین است، یعنی حین البیع باید هر یک از ثمن و مثمن معلوم و معین باشد. و با این شرط ازمعاملهٔ غرری احتراز کرده، و... تا رسیده به اینجا که:

یکی ازشروط صحت بیع ایجاب و قبول است. و با این شرط دو امر را خارج کرده:

۱ـ **باب استیجاب و ایجاب:** یعنی ابتدا مشتری ازبایع تقاضای بیع فلان کالا را می‌نماید: و می گوید: «بعنیه بالف» یعنی این کالا را به هزار دینار به من بفروش، و بدنبال استدعا و تقاضای او بایع می گوید: بعتک هذا بالف، این استدعاء و ایجاب است.

ابن زهرة فرموده: به صرف این، بیع منعقد نمی‌شود بلکه بدنبالِ ایجاب بایع، باید مشتری هم قبول را انشاء نماید و«قبلتُ یا اشتریت» بگوید تا بیع منعقد شود.

۲ـ **باب معاطات:** که قولی و لفظی [به صورت ایجاب و قبول یا استیجاب و ایجاب] در کار نیست بلکه صرفاً فعل و عمل است، یعنی مشتری به بایع دیناری می دهد و می گوید: مقداری سبزی به من بده، بایع هم مقداری سبزی کشیده و تحویل او می دهد، که صرفاً یک تقابض و دادوستدی در خارج محقّق شده و گرنه لفظی مطرح نیست. ابن زهره فرموده: معاطات هم بیع محسوب نمی شود بلکه منحصراً اباحهٔ تصرف است. پس ایشان با اشتراط ایجاب و قبول، هم استیجاب

و ایجاب را خارج کردند و هم معاطات را و مدّعی شدند که: این دو بیع نیستند، در ادامه برای این مدّعا سه دلیل آورده اند:

۱ ـ اجماع: فقهاء امامیّه اجماع دارند براینکه: معاطات و استدعاء مذکور، بیع نیست [مراد از: المشار الیه، یعنی در کلمات قبلی خود ابن زهرة بدان اشاره شده که آن قسمتها در مکاسب نقل نشده و مورد استشهاد نیست.]

۲ ـ [این دلیل باطناً با دلیل شیخ طوسی در خلاف که مسئله توقیفیّت اسباب شرعیه بود، یکی است] آنجا که ایجاب و قبول و صیغه باشد، بالاجماع عقد صحیح است و سبب ملکیت است ولی آنجا که ایجاب و قبول نباشد دلیلی برصحت آن نرسیده [نه اجماع قائم است و نه از کتاب یا سنّت دلیلی دارد.] پس به قدر متیقن اکتفا کرده و در مازاد مشکوك از اصل عدم استفاده می کنیم. و معاطات یا استیجاب را بیع نمی شماریم.

۳ ـ در حدیث نبوی ﷺ رسول خدا ﷺ از سه نوع بیعی که در جاهلیّت مرسوم بوده نهی کرده اند، **الف**: بیع ملامسه، ب: بیع منابذة، ج: بیع حصات،[1] در اینکه مراداز نهی از این امور چیست؟ خود ابن زهره دو احتمال داده:

۱ ـ **مراد این باشد که**: اصل بیع با ایجاب و قبول انجام بگیرد ولی در متن عقد، مبیع را معیّن نکنند بلکه مسکوت بگذارند، سپس با یکی از راههای مذکور، آن را تعیین کنند. یعنی از راه لمس کردن و دست گذاشتن روی کالائی یا از راه منابذه و افکندن آن به سوی مشتری، و یا از راه افکندن سنگ ریزه و اصابت آن به مال معیّنی، همان متاع برای مبیع بودن متعیّن شود. طبق این احتمال، حدیث مذکور از ما نحن فیه اجنبی است، زیرا که ایجاب و قبول موجود است و اشکال از ناحیهٔ جهل به مبیع حین البیع است که معامله را غرری و باطل می سازد، و نهی مربوط به این جهت است.

(۱) دعائم الاسلام ج۲، ص۲۱ و۲۲، حدیث ۳۷، فصل ۳.

۲ ـ مراد این باشد که قبلاً ایجاب و قبولی صورت نگرفته بلکه با نفس لمس کردن و دست گذاشتن روی متاعی، یا با خود پرتاب کردن آن بسوی مشتری، یا با نفس القاء و انداختن سنگ ریزه و اصابت آن به متاعی، با هر یک از این اعمال خارجیّه انشاء تملیک کنند و خود اینها بیع موجب یعنی به منزلهٔ ایجاب باشد که همان معاطات است. و اگر نهی از این حیث باشد، مربوط به ما نحن فیه بوده و دلیل سوّمی بربیع نبودنِ معاطات خواهد بود.[۱]

قوله: فانّ دلالة:

مرحوم شیخ می فرماید: این عبارت نیز از جهات عدیده دلالت می کند براینکه: مفروضِ کلامِ ابن زهرة هم در معاطاتی است که مقصود از آن تملیک باشد: [برخلاف صاحب جواهر که معاطات به معنای اوّل را محلّ نزاع قرار داد.]

[۱ ـ معاطات را برایجاب و قبول، متفرع کردو این بدان معنا است که: از جهات دیگر منجمله جهت قصد ملکیّت، کمبودی ندارد و تنهاواجد شرط ایجاب و قبول نیست.]

۲ ـ ادلّهٔ ثلاثهٔ ایشان هم دلالت دارند که: محلّ کلام معاطات به قصد تملیک است. [زیرا اگر قصد تملیک منتفی بود و تنها قصد اباحه بود، نوبت به این استدلالها نمی رسید، بلکه مستقیماً می فرمود: معاطات بیع نیست چون قصد تملیک در او نیست و با نبود این قصد ماهیّت بیع هم منتفی است.]

۳ـ با یک بیان از هر دو امر احتراز کرد [استیجاب و ایجاب و معاطات] و معاطات را براستیجاب عطف کرد، و این بدان معنی است که از جهات دیگر این دوباب کمبودی ندارند و تنها ایجاب وقبول ندارند، ولا شک در اینکه: در استیجاب و ایجاب حتماً قصد تملیک وجود دارد، پس در معاطات نیز حتماً قصد تملیک

---

(۱)سلسلة الینابیع الفقهیّة، ج۱۳، ص۲۰۷ و۲۰۹، غنیّة النزوع، ص۵۲۴.

وجود دارد وگرنه از یک وادی نبودند و از هر دو با یک شرط احتراز نمی شد بلکه از اوّلی با اشتراط ایجاب و قبول و از دوّمی با اشتراط قصد تملیک، احتراز می شد.

پس توجیه صاحب جواهر نا تمام است. یعنی محلّ نزاع، معاطات به قصد تملیک است نه به قصد اباحهٔ صِرف.

قوله: وقال فی الکافی:

عبارت چهارم از مرحوم ابوالصلاح حلبی در کتاب الکافی فی الفقه است: وی فرموده: در صحت بیع هشت امر معتبر است... تا به اینجا که: ما ایجاب و قبول را شرط کردیم تا بدین وسیله آن معامله ای که فاقد این شرط است، از حکم بیع [حکم بیع همان ملکیت است.] خارج شود. [برخلاف محقق ثانی که ملکیت را ادّعا کرد.] و در ادامه فرموده:

اگر شرطی از شروط ثمانیه مختل شد، بیع منعقد نمی شود [از جملهٔ شروط: ایجاب و قبول است، یعنی اگر تنها این شرط هم نباشد، بیع نیست ولو قصد ملکیّت باشد. ولی ملکیت نمی آید، برخلاف محقّق ثانی. و صاحب جواهر.]

و در نتیجه هیچ یک از طرفین استحقاق تسلیم متاع را ندارند. اگر چه با اخلال بعض از این شروط هم [از جمله ایجاب و قبول] تصرّف برای هرکدام جایز است، امّا این جواز بخاطر تراضی [رضایت طرفینی از هر راهی که احراز شود.] است نه بخاطر عقد البیع، که معاطات هم سبب بیع و ملکیت باشد. و نتیجهٔ وجود اباحهٔ و نبود ملکیت آنست که: هرکدام از طرفین حق دارند رجوع بکنند و متاعِ خود را از دیگری باز پس گیرند.(۱)

قوله: وهو فی الظهور:

مرحوم شیخ می فرماید: این عبارت از نظر ظهور در مطلوب [که مفروضِ کلام در معاطات به قصد تملیک است.] نزدیک به عبارت غُنیه است [چون خلاصه

---

(۱) سلسلة الینابیع الفقهیّة، ج۱۳، ص۶۱ و۶۲، الکافی في الفقه، ص۳۵۲.

گونه ای از آن عبارت است و اینکه فرمود: اگر شروط بود بیع است و اگر شرطی از شروط ثمانیه نبود بیع نیست، همه برفرض اینست که قصد ملکیت دارند ولی شروطِ آن مراعات نشده است. نه اینکه اصلاً قصد تملیک نباشد. خلافاً لصاحب الجواهر.]

قوله: وقال المحقّق:

پنجمین عبارت از محقّق اوّل در شرایع است: تقابض یعنی قبض و اقباض، اعطاء و اخذ، دادوستد خارجی بدون اینکه لفظ و صیغه ای باشد، کافی نیست [ملکیت نمی آورد.] حتّی اگر از امارات و قرائن برما محرز شود که متقابضین قصد بیع دارند.[1]

قوله: وذکر:

مرحوم شیخ می فرماید: اینکه محقّق کلمهٔ وصل [ان وصلیه] را آورد، منظور این نیست که معاطات مذکور در کلام ایشان تعمیم دارد و معاطاتی را هم که به قصد اباحه انجام می گیرد شامل است. بلکه منظور ایشان هم از معاطات، همان معاطات شایع و متعارف است که به قصد تملیک انجام می گیرد.

امّا گاهی قرائنی وجود دارد که از راه آنها قصد بیع هم احراز می شود و گاهی فعل و تقابض خالی از قرینهٔ مذکور است. نه اینکه در واقع قصد تملیک نیست. چرا هست ولی قرینه ای که آن را ابراز کند، نیست. و خلاصه اینکه چه قرینه ای کنارش باشد و قصد ملکیّت را ظاهر کند و چه نباشد، هدف اینست که: فعل و اعطاء و اخذ کافی نیست و بیع نمی باشد.

قوله: و قال فی التذکرة:

ششمین عبارت از علاّمه در تذکره است که فرموده: اشهر نزد امامیّه آنست که: صیغه [ایجاب و قبول] در بیع معتبر است. متفرع برآن: معاطات [اعطاء و

(۱)سلسلة الینابیع الفقهیّة، ج۱۳، ص۴۱۴، ص۴۱۵، وشرائع الاسلام، ج۲، ص۱۳.

اخذ عملی] کفایت نمی کند. آنهم مطلقاً یعنی چه در اشیاء جلیل و گران قیمت و چه در اشیاء حقیر و ارزان قیمت، سپس دو مثال آورده که واضح است. سپس فرموده: از هل سنّت هم شافعی همین نظر را دارد یعنی معاطات را مطلقاً [در جلیل یا حقیر] کافی نمی داند، و دلیل ما برعدم کفایت دو امر است:

۱ ـ **اصالة بقاء الملک**: قبل از معاطات که متاع ملک دافع بوده و بعد از اعطاء و دفع، شک می کنیم که از ملک او خارج شد و به ملک آخذ منتقل شد یانه؟ استصحاب بقاء ملکیت جاری می شود.

۲ ـ اعطاء فعل است و فعل مجمل است و نمی تواند مقصود فاعل را دلالت کند که به چه نیّتی این کار را کرده و در مجملات به قدر متیقن قناعت می شود که افادهٔ اباحهٔ تصرف باشد نه ملکیّت.

[در حاشیهٔ محقّق ایروانی آمده: و امّا قوله: و قصور الافعال عن الدلالة، فلا یدلّ علی عدم احراز القصد، لاحتمال ان یکون المراد: عدم وجود لفظ مطابق للمقصود یحصل به انشاء ما قصد[1]]

بعضی از پیروان حنفیّه و ابن شریح تفصیل داده اند یعنی در شیء حقیر معاطات را کافی دانسته اند ولی در شیء جلیل و گرانبها به معاطات اکتفا نکرده و صیغه را لازم دانسته اند.

و احمد حنبل مدّعی شده: بیع همانطوری که با صیغه منعقد می شود هکذا با معاطات هم منعقد می شود مطلقاً یعنی چه در حقیر وچه جلیل، مالک بن انس هم مثل احمد حنبل نظر داده زیرا می گوید: بیع به هرآنچه که مردمان آن را بیع بدانند، منعقد می شود[2] [ولا شک در اینکه معاطات به عقیدهٔ عرف بیع است و ملکیت آور است.]

---

(۱)الحاشیة علی المکاسب، ص۷۶.

(۲)التذکرة، ج۱، ص۴۲۶.

قوله: ودلالته:

کلام علاّمه ره از جهات عدیده دلالت دارد که فرض کلام در معاطات به قصد تملیک است [برخلاف صاحب جواهر] [در حاشیهٔ ایروانی به دو جهت اشاره شده:

۱ ـ تفریعه عدم کفایة التعاطی فی الحقیر و الجلیل علی اعتبار الصیغة فانّ المستفاد من ذلک انّ ما عدی الصیغة مما یعتبر فی البیع و عمدته قصد التملیک حاصل.

۲ ـ تمسّکه باصالة بقاء ملک المالک الاوّل فلو لا انّ قصد التملیک متحقّق لم یکن بقاء ملک المالک مشکوکاً لیحتاج الی التمسک بالاستصحاب.(۱)]

مرحوم شیخ به وجه سوّمی اشاره کرده و فرموده: ادون و پائین ترین وجه اینست که: علاّمه فرمود: مالک با احمد موافق است و می گوید: بیع با معاطات هم منعقد می شود، چون به اعتقاد مردم معاطات هم بیع است. [ولا شک در اینکه ما یعتقده الناس، معاطات به قصد تملیک است نه بدون آن.

وامّا اینکه: این وجه را ادون نامیدند برای آنست که بحث ما در کلمات قدماء اصحاب بود و صاحب جواهر کلام اینها را حمل برقصد اباحه کرده و مالک و احمد از علماء عامّه هستند].

قوله: وقال الشهید:

هفتمین عبارت از شهید اوّل است، ایشان در قواعد اول فرموده: گاهی سبب فعلی قائم مقامِ سببِ قولی می گردد، سپس مثالهائی برای این مطلب آورده.

[کتقدیم الطعام الی الضیف فانّه مغن عن الاذن فی الاصح، وتسلیم الهدیة إلی المهدی الیه وان لم یحصل القبول القولی فی الظاهر من فعل السلف

(۱) الحاشیة علی المکاسب، ص۷۶.

والخلف، وكذلك صدقة التطوع، وكسوة القريب والصاحب، وجائزة الملك من كسوة وغيرها، وعلامة الهدى كغمس النعل فى دمه وجعله عليه او كتابة رقعة عنده، والوطى فى الرجعية، وفى مدة الخيار من ذى الخيار، والتقبيل كذلك، وكذا اللمس بشهوة]

سپس فرموده: وامّا معاطات در مبايعات [يعنى در مثالهاى مذكور، معاطات در غير مبايعات بود، و اينک معاطات در مبايعات و معاوضات از قبيل: اجاره، بيع و...] فقط مفيد اباحهٔ تصرّف است و مفيد ملکيت نيست. و در اين امر از نظر فقه اماميّه فرقى ميان اشياء حقير و ارزان قيمت يا جليل و گران قيمت نيست(۱) [برخلاف بعض العامّه که فرق گذاشته اند و در عبارت تذکره بيان شد.]

قوله: ودلالتها:

مرحوم شيخ مى فرمايد: دلالت اين کلام براينکه: مفروض سخن شهيد هم در معاطات به قصد تمليک مى باشد، پرواضح است. [چون فرمود: معاطات در مبايعات، مفيد ملک نيست.

ولا شک در اينکه مبايعه در موردى است که قصد تمليک باشد. و بعد هم فرمود: عندنا مفيد ملک نيست و لا فرق بين حقير و غير حقير، يعنى عند العامّه فرق است، و ترديدى نيست که مورد کلام ابى حنيفه آنجا است که قصد تمليک و بيع باشد، پس به قرينه مقابله، مورد کلام شهيد هم اينجا است.]

قوله: هذا كله:

از عبارات هفتگانه اى که آورديم، کاملاً روشن شد که مورد کلامِ بزرگان معاطات به قصد تمليک است نه به قصد اباحه [پس توجيه صاحب جواهر ناتمام است.] حال مى گوئيم: برفرض که تصريحات و تعابير مذکور هم نباشد، ولى اين نکته مسلّم است که: معاطات شايع و رائج در ميان مردم، معاطات به قصد

(۱) القواعد والفوائد، ج۱، ص۱۷۸، قاعدهٔ ۴۷.

تملیک است، و وظیفهٔ فقیه هم بیانِ حکم معامله ای است که مورد ابتلاء مردم است و میان آنها متعارف است، نه فرضی که اصلاً نیست یا بسیار کم است والنادر کالمعدوم.

روی این اصل می گوئیم: بسیار بعید می نماید که مفروض کلامِ فقها در معاطات به قصد اباحه باشد، یعنی در واقع فرد غالب را رها کرده و در فرد نادر یا معدوم نزاع کرده اند، این با شأن و منزلتِ آنان سازگار نیست.

قوله: ثم انّك:

تا به حال تمام تلاش مرحوم شیخ، برای ردّ توجیه مرحوم صاحب جواهر مصروف شد، و دنبال هر عبارتی که نقل کردند نتیجه گرفتند که: مفروض کلام در معاطاتِ به قصد تملیک است. و تنها در ذیل کلام شیخ طوسی در خلاف، اشاره ای به ابطالِ توجیه محقق ثانی داشتند.

ولی حالا می فرمایند: اکثر عبارات گذشته ظهور در عدم ملکیت دارند یعنی دلالت دارند براینکه: معاطات مفید ملکیت نیست.

بلکه پاره ای از عبارات صریحاً فتوی به عدم ملکیت دادند مثل عبارت شیخ طوسی در خلاف [که فرمود: من دون ان یکون ملکه ولانّ الملک لم یحصل لهما و ...] و عبارت سرائر [که فرمود: من غیر ان یکون ملکه ... ، لان الملک لم یحصل لهما و ...] وعبارت تذکرة [که فرمود: لا صالة بقاء الملک.] و عبارت قواعد شهید [که فرمود: واما المعاطات فی المبایعات.]

حال با اینهمه ظهورات و تصریحات، جای بسی تعجّب است که محقّق ثانی فرموده: منظور مشهور از اباحهٔ تصرّف ملکیت متزلزل و جایز است.

قوله: فقال المعروف:

در اینجا متن سخنان محقق ثانی در جامع المقاصد را می آوریم:

کلام ایشان چهار فراز دارد:

فراز اوّل: مشهور امامیه برآنند که معاطات بیع است [مصداقی از دو مصداق بیع است]یعنی معاطات هم مفید تملیک است، اگرچه با بیع قولی و عقدی این فرق را دارد که بیع قولی مفید لزوم هم هست ولی معاطات مفید لزوم نیست.

و بلکه ظاهر عبارت مرحوم مفید در مقنعه اینست که: معاطات از هرجهت مثل بیع بالصیغه است یعنی مفید لزوم هم هست. و در میان فقهاء شیعه تنها علاّمه در نهایة الاحکام فرموده: معاطات بیع فاسد است[1] [یعنی نه تنها لزوم‌آور نیست بلکه اصلاً مفید ملک نیست و بلکه حتی مفید اباحه نیز نمی باشد.] خوشبختانه علاّمه هم در سایر کتب فقهی خود که پس از نهایة نگاشته، از این رأی عدول کرده است.[2]

در فراز دوّم مرحوم محقّق ثانی دو دلیل اقامه کرده برای اثبات اینکه معاطات بیع است و مفید ملکیّت است نه مجرّد اباحهٔ تصرّف:

الف: اطلاق آیهٔ شریفه: احلّ اللّه البیع[3] به این بیان:

معاطات بیع است «صغری» و بیع مورد امضاء شارع است «کبری» پس معاطات مورد امضاء شارع است «نتیجه».

و معنای امضاء و مشروعیّت آن، اثر دار بودنِ آنست، یعنی اثر مقصود، برآن مترتب است. و اثر مقصود ملکیت است.

بیان صغری: هم از نظر عقلاء عالم معاطات بیع است، و در معاملاتِ روزمرّهٔ خود از این طریق عمل می کنند، و هم از نظر فقهاء بالإجماع معاطات بیع است، حتی کسانی [مثل علاّمه] که معاطات را فاسد و باطل می دانند،

---

(۱)نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۹.

(۲)مختلف، ص۳۴۸.

(۳)سورهٔ بقره آیهٔ ۲۷۵

می گویند: معاطات بیع فاسد است یعنی اصل بیع بودنش مفروغ عنه است.

[البته با توجه به عبارات فقهاء این ادّعای اجماع مشکل دارد، زیرا شیخ طوسی در خلاف صریحاً فرمود: فانّه لا یکون بیعاً، ابن ادریس هم فرمود: فانّه لا یکون بیعاً ولا عقداً، ابن زهره هم فرمود: فانّ ذلک لیس ببیع و ...]

ب: عموم آیهٔ شریفه: الاّ ان تکون تجارةً عن تراضٍ منکم[۱] کیفیت استدلال: معاطات تجارت با تراضیِ طرفین است «صغری»

و تجارت توأم با تراضی طرفین صحیح و مشروع است و اکل مال به باطل نیست «کبری».

پس معاطات مشروعیت دارد «نتیجه» یعنی اثر مقصود که ملکیت باشد، برآن مترتب است.

البته عامّ مذکور به حکم مامن عام الاّ وقدخص به مواردی از قبیل: بیع ربوی، غرری و ... تخصیص خورده ولی به باب معاطات تخصیص نخورده و برفرض شک در تخصیص، به اصالة العموم تمسک می کنیم. [شک در تخصیص زائد.]

در فراز سوّم فرموده: اینکه در کلمات گروهی از متأخرین از فقهاء [البته این قدری کم لطفی است زیرا شیخ طوسی، ابن زهرة وابن ادریس و ابوالصلاح حلبی از متقدمین امامیّه هستند.] دیده می شود که می گویند:

معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است، و با ذهاب [تلف] یکی از دو مال، لازم می شود، منظور شان این نیست که: معاطات بیع نبوده و مفید ملکیت نیست و صرفاً مفید اباحهٔ تصرّف است، بلکه مراد آنها اینست که: معاطات از همان ابتداء که اعطا و اخذی صورت می گیرد، مثل بیع قولی نیست که مفید ملکیت لازمه باشد، بلکه مفید ملک غیرلازم است، و بعداً با تلف یکی از دو مال، لزوم محقّق

---

(۱)سورهٔ نساء، آیهٔ۲۹.

می شود، و حقّ رجوع سقوط می کند.

قوله: لامتناع:

گویا کسی می پرسد: از کجا شما می فرمائید: منظور این جماعت عدم لزوم است نه عدم ملکیّت؟ محقّق در جواب می فرماید: چونکه ارادهٔ اباحهٔ صرف که بکلّی خالی از ملکیّت باشد [نه ملک لازم ونه حتی ملک جایز و متزلزل] ممتنع است، پس چاره ای نداریم از حمل برنفی لزوم.

قوله: اذا المقصود:

گویا کسی می پرسد: چرا ارادهٔ اباحهٔ خالی ممتنع است؟ محقّق دو جواب دارند:

الف: فرض اینست که: متعاطیین به قصد تملیک تعاطی می کنند، و اگر اثر مقصود نیاید باید معاطات فاسد و باطل باشد و اگر باطل شد نباید تصرف در مال مأخوذ جایز باشد، در حالی که جمیع امامیّه برخلاف آنند [و می گویند: تصرّف جایز است، پس از جواز تصرّف عندهم به برهان انّ پی می بریم که: فاسد نیست، و از عدم فساد می رسیم به حصول ملکیّت.]

ب: قوله: وأیضاً:

اگر معاطات مفید اباحهٔ خالی باشد، بدان معنی است که از اوّل اصلاً و رأساً ملکیت نیامده [نه ملک لازم و نه ملک متزلزل] آنگاه چگونه ممکن است که با تلف یکی از دو مال ملکیت لازمه بیاید؟ مگر تلف ملک آور است؟ پس از حکم مشهور به حصول لزوم بعد از تلف، پی می بریم که از قبل ملکیت بوده ولی لزوم نبوده و پس از تلف، تبدیل به ملک لازم می گردد.

قوله: وانّما الافعال:

در فراز چهارم دفع شبهه ای گرده، و آن اینکه: اگر معاطات حقیقةً بیع است و مفید ملکیت است، خوب بیع، مفید ملک لازم است و مقصود متعاطیین هم

همین بوده، پس علی القاعده باید بفرمائید: معاطات هم ملکیت لازمه می آورد [چنانکه شیخ مفید فرمود] چرا حکم به جواز و تزلزل کردید و فرمودید: معاطات مفید ملک جایز است؟ محقّق ثانی در جواب می فرماید: میان افعال و اقوال فرق است، و آن اینکه: اقوال یا صریح و نص در مطلوبند و یا لا اقلّ ظهور در مطلوب دارند و به وضوح بیع لازم را دلالت دارند.

ولی افعال به این پایه از قوّت نیستند، فعل و عمل مجمل است و به برکت قرائن، جهة الفعل روشن می شود، ولذا به قدر متیقن اکتفا می شود، و آن اصل ملکیت است و امّا مفید لزوم هم باشد، محرز نیست. ولذا حکم به جواز نموده و می گوئیم:

تا زمانی که مالها در دست طرفین موجودند و ترادّ [ردّ طرفینی] ممکن است، ملک جایز و قابل استرداد است. و همینکه یکی از دو مال تلف شد، ترادّ ممتنع می شود، و بناچار لزوم محقّق می شود و دلیل امتناع تراد آنست که: هریک از دو مال در مقابلِ دیگری و عوض او است. و وقتی یکی تلف شد، آندیگری هم مقابل ندارد و اگر برگردد عوض، جای او را نمی گیرد ولذا برگشتنی نیست.

قوله: ویکفی:

لازم نیست تمام یکی از دو مال تلف شود، بلکه کافی است که قسمتی از یکی از دو مال تلف شود و به مجرّد تلف بعض، ملک لازم آمده و حق ردّ ساقط می شود، زیرا در باقیماندهٔ از عین تالف، ترادّ ممکن نیست، چون هم مستلزم تبعّض صفقه است [که گاهی کامل بودن آن نزد عقلاء مطلوبیّت دارد.] و هم مستلزم ضرر به طرف مقابل است[1] [ولا ضرر ولا ضرار فی الاسلام[2]]

قوله: ونحوه:

---

(۱) جامع المقاصد، ج۴، ص۵۸ و۵۷.

(۲) وسائل الشیعة، ج۱۲، ص۳۶۴، باب ۱۷ من أبواب الخیار حدیث ۳ و۴ و۵.

طبق حکایت مفتاح الکرامة ج ۴، ص۱۵۵ نظیر فرمایشات مذکور را در حاشیه برارشاد [1] علاّمه هم بیان کرده اند، مضافاً به دو نکته که در حاشیهٔ ارشاد افزوده اند:

۱ـ مقدّمه: از نظری دو اباحه متصور است:

الف: اباحهٔ ابتدائی یعنی اباحه ای که ابتداءً مقصود است و متعاطیین به قصد اباحه دادوستد می کنند. [صاحب جواهر ره محلّ نزاع را اینجا قرار داد.]

ب: اباحهٔ غیر مستقیم یعنی اباحه ای که مترتب و متفرع برملکیت است که وقتی مشتری مالکِ مبیع شد، حق دارد در آن تصرّف کند. با حفظ این مقدّمه:

در واقع در جامع المقاصد فرمودند: مراد مشهور از اباحه ملکیت است. ولی در حاشیهٔ ارشاد می خواهند بفرمایند: اباحه ای که در کلام مشهور آمده همان اباحه است ولی نه اباحهٔ مستقیم که صاحب جواهر مدّعی است، بلکه اباحهٔ غیر مستقیم و متفرع برملکیّت، که وقتی انسان مالک رقبهٔ عین شد [یعنی عین ملکِ طلق او شد و زمام امر ملک در دست او قرار گرفت و سلطه پیدا کرد.] هرنوع تصرّفی برایش مباح می شود. و این اختصاص به معاطات و بیع فعلی ندارد در سایر بیوع و معاملات هم مطلب همین است. پس مراد اباحهٔ مترتب برملکیت است.

آنگاه اگر با معاطات، همین مقصود حاصل شد، پس گفتار ما تثبیت می شود که می گفتیم: معاطات مفید ملکیّت است و اگر اثر مقصود مترتب نشد ناچار باید بگوئیم: این معاطات کلاً فاسد است و حتی اباحهٔ تصرف هم نمی آورد، زیرا که ما قصد لم یقع [مقصود اباحهٔ دنبال ملک بود] و ما وقع لم یقصد [یعنی برفرض هم اباحهٔ محضه بیاید، مقصود طرفین نیست.] و معاملات هم تابع قصود است. و

---

(۱) حاشیهٔ مذکور خطی است و در اختیار ما نیست.

اگر ما قصده المتعاملین واقع نشد باید کلاً باطل باشد.

۲ـ ثمره ملک رقبة: اگر با معاطات، آخذ مالک رقبهٔ عین شود ثمراتی هم دارد:

الف: نمائات این عین در ملک آخذ داخل می شود که [مثلاً اگر گوسفندی را به معاطات اخذ کرده برّه و پشم و شیر گوسفند و چاقیِ او همه ملک آخذ است.]

ب: پاره ای از تصرّفات متوقف برملک است و تا متصرّف مالک نباشد حق چنان تصرفی را ندارد، مثل بیع چیزی برای خودش، عتق عبدی به نیّت خودش، مباشرت با جاریه ای که به معاطات گرفته و... که روایات می گوید: لا بیع الاّ فی ملک ولا عتق الاّ فی ملک ولا وطی الاّ فی ملک و...

حال اگر معاطات مفید ملک شد اینگونه تصرفات هم برای آخذ جایز خواهدبود. و کسیکه [شهید اول و شیخ طوسی که درادامه عبارت آنها خواهدآمد] فتوی به منع وطی جاریهٔ معاطاتی داده، سخن غریبی آورده است. [زیرا وقتی ملکیت آمده دیگر چرا مباشرت جایز نباشد.] پس از دو کلام محقّق ثانی در دو کتابش کاملاً روشن شد که: ایشان معاطات را مفید ملک متزلزل دانسته و منظور مشهور از اباحهٔ تصرّف را نیز به ملک متزلزل تفسیر و توجیه کرده است.

قوله: والّذی:

مرحوم شیخ می فرماید: به نظر ما اقوی اینست که: کلمهٔ اباحهٔ تصرّف را در کلام مشهور به معنای خودش بگیریم، و تأویل نبریم، و بگوئیم: مشهور در معاطات طرفدار اباحهٔ مجرّده هستند، و این را در معاطات به قصد تملیک می گویند[نه به قصد اباحه که صاحب جواهر می فرمود.] یعنی با اینکه متعاطیین به قصد تملیک تعاطی می کنند ولی اثر حاصل از این دادوستد ملکیت نیست بلکه

مجرّد اباحهٔ تصرّف است.

البته منظور این نیست که متعاطیین مستقیماً و بالمطابقه انشاء اباحه کرده اند بلکه منظور مدلول التزامی است[1] یعنی اینکه طرفین در خارج هرکدام سِلعة و متاع خویش را در اختیار دیگری می گذارد و با رضایت کامل به او می دهد و او را مسلّط برمال می سازد، لازمهٔ چنین اعطاء و تسلیمی آنست که گیرنده بتواند هرنوع تصرّفی [حتی تصرفات متوقف برملک از قبیل: بیع، وقف و ...] در عین بنماید.

[پس دو مسبّب و دو سبب مطرح است،

۱ـ ملکیّت.

۲ـ اباحه.

سبب ملکیت محرز نیست، چون معاطات است و سببیّت آن مشکوك است، ولذا استصحاب بقاء مال در ملک مالک اصلی جاری می شود و حکم به ملکیت نمی شود ولو مقصود و مدلول مطابقی بوده ولی سبب اباحه همان اعطاء با رضایت کامل است که در معاطات حاصل است. ولذا اباحهٔ تصرّف مترتب می شود. و در واقع مدلول مطابقی محذور دارد و بدان ترتیب اثر داده نمی شود. و مدلول التزامی محذور ندارد و سببش تامّ است ولذا مترتب می شود.]

قوله: فلا یرد:

با بیان مذکور هیچ ایرادی برمشهور وارد نیست مگر یک ایراد مهمّ که محقق ثانی داشت و حاصل ایراد اینست که: اباحهٔ تصرف از ملکیت سرچشمه می گرفت یعنی چون مالک است حق هرنوع تصرفی دارد، و ملکیت از معاطات بوجود می آمد که مقصود طرفین بود، و علی الفرض ملکیت نیامد، پس اباحهٔ تصرف هم نباید بیاید، به عبارت دیگر: اباحهٔ مطلقه که مقصود طرفین نیست، اباحهٔ مقیّده به ملکیت مراد است [ولذا اگر از طرفین بپرسی: این مال

(۱)شهید ثانی هم در مسالک همین را فرموده: ج۳، ص۱۴۸.

ولو ملک طرف هم نشود تو راضی به تصرف هستی؟ می گوید: خیر، من به قصد ملک داده ام و با این فرض راضی به تصرف هستم نه مطلقا] و وقتی قید آن که ملکیّت است منتفی شد، مقیّد هم که اباحهٔ تصرّف باشد منتفی می شود. «اذا انتفی القید انتفی المقیّد»

پس نتوان اینها را از همدیگر تفکیک کرد و اباحه را قبول کرد بدون ملکیّت بلکه یا هردو را باید بپذیریم و بگوئیم:

با معاطات ملکیت می آید و آن منشأ اباحهٔ تصرف است، و یا باید هردو را ردّ کنیم و حیث اینکه مشهور اباحه را قبول دارند بناچار باید ملکیت را هم بپذیرند، و خلاصه مدلول مطابقی و مقصود اصلی را از مدلول التزامی و مقصود تبعی نتوان تفکیک کرد.

به عبارت دیگر: همانطور که محقق در حاشیهٔ ارشاد فرمود: این اباحهٔ تصرف مترتب برملکیت است و از آنجا که سرچشمه می گیرد و منشأ دیگری ندارد و وقتی ملکیت نبود پس اباحه هم نباید باشد و اگر اباحه هست پس ملکیّت هم باید باشد.

قوله: اذا الاباحة:

گویا کسی می پرسد: چرا منشأ دیگری برای اباحه نباشد؟ شیخ در جواب می فرماید: زیرا که اباحه از دو حال خارج نیست: ۱ـ اباحهٔ مالکیه، ۲ـ اباحهٔ شرعیّه اگر اباحهٔ مذکور، اباحهٔ مالکیّه باشد، فرض اینست که از مالک چیزی جز تملیک صادر نشده و براین وجه راضی به تصرّف است نه مطلقا، پس اباحهٔ محضه بطور مطلق نیست و اگر اباحهٔ شرعیه باشد، می گوئیم:

اوّلاً: هیچ دلیلی براباحهٔ شرعیه در باب معاطات در بیع نیست.

ثانیاً: در کلام مشهور هم هیچ اشاره ای به نصّ نشد که فتوای به اباحه به استناد نصّ باشد.

ثالثاً: اثری که مقصود متعاطیین بود ملکیت بود نه اباحه، و خیلی بعید است که شارع تعبّداً اثر مقصود را الغاء کند واثر غیر مقصود را مترتب سازد [فانه یبعد الغاء الشارع ما علیه سیرة العقلاء و بنائهم من ترتب الملک علی المعاطات والحکم تعبداً بجواز تصرف کل منهما فی مال صاحبه]

و **رابعاً**: اگر در کلمات اصحاب دقت کنیم، در می یابیم که مراد اباحهٔ مالکیه است نه شرعیّه، و اگر مراد این شد، اشکال باقی است که اباحهٔ مالکیّه قید دارد و آن ملکیت است و با انتفاء آن اباحه نیز منتفی است. فکیف تقولون بالاباحة دون الملک؟

قوله: ویؤیّد:

مؤیّد توجیه محقق ثانی [و اینکه مراد مشهور از اباحه همان ملکیت جایزه می باشد] عبارتست از: مقدّمه: تصرّفاتِ در یک مال دو گونه است:

۱ـ تصرّفی که متوقّف برملکیّت نیست یعنی بدون مالک بودن هم می توان آنها را انجام داد مانند تصرف در ماشین، فرش، منزل، کتاب و... که با رضایت مالک برای غیر او جایز است.

۲ـ تصرّفی که مشروط و متوقف بر ملکیّت است و تا انسان مالک نباشد حقّ چنین تصرفی را ندارد، مانند عتق و بیع چیزی را برای خود و وطی جاریة و وقف و...

با حفظ این مقدّمه که قبلاً هم اشاره شد، می گوئیم: مشهور در باب معاطات بقول مطلق فرموده اند: معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است و با معاطات هریک از متعاطیین حق دارند در مال مأخوذ تصرف کنند، و محدوده ای برای آن بیان نکرده اند، این اطلاق کلام هریک از دو قسم مذکور در مقدّمه را شامل می شود، پس تصرفات متوقّفه برملک هم جایز است.

و لا ریب در مشروطیت اینها به ملکیّت، پس به برهان انّ از اثر پی به مؤثر می بریم، از مشروط پی به شرط می بریم، یعنی از جواز این تصرّفات پی به

ملکیت می بریم، پس معاطات مفید ملکیّت است و منظور مشهور هم از اباحه همین است.

[**نکته:** وجه تعبیر به مؤید نه دلیل: امکان الخدشة فی هذا البیان: بمنع الاطلاق فی التصرف المذکور فی کلامهم فانّ اکثرهم قدر تبّوا جواز التصرف علی الاباحة وفرّعوه علیها وقضیّة ذلک انّهم بصدد بیان اثر الاباحة ونتیجتها فینحصر بما لا یتوقف علی الملک لانّ الاباحة لا تنتج اثراً یضادّها وینافیها ... [1]]

قوله: والتزامهم:

اشکالی است به تأیید مذکور: قبول داریم که فرمایش مشهور به اطلاق خود تصرفات متوقف برملکیت را هم شامل است، ولی این اطلاق دلیل آن نیست که: معاطات از اوّل مفید ملکیّت باشد، بلکه احتمال دیگری وجود دارد و آن قول به ملکیّت آناًمّا قبل از این تصرفات است.

بیان ذلک: از طرفی از ابتدا ملکیتی برای آخذ محقّق نشده، از طرف دیگر اطلاق کلام، تصرف متوقف برملک را هم می گیرد، از طرف سوّم هم لا بیع ولا عتق و... الاّ فی ملک، جمع همهٔ اینها قول به ملکیّت مقرون به این تصرفات است، یعنی یک آن قبل از این تصرفات، آخذ، مالک مال مأخوذ شده و بدنبال آن این تصرفات انجام گرفت پس هم این تصرّفات مجوّز پیدا کرد و هم دلیل یا مؤیّد برگفتار محقق ثانی نشد.

سپس مستشکل برای رفع هرگونه استبعادی، می گوید: قول به ملکیّت آناًمّا قبل از تصرف در ما نحن فیه، نظیر هم دارد و در ابواب دیگر، مثل آن را قائل شده اند، و دو نظیر می آورد:

۱ـ در بیوع خیاری اگر فرضاً بایع در ضمن عقد بیع، به مدّت یکماه برای خود حقّ الخیار جعل کرد، و گفت: این منزل را می فروشم و شرط می کنم که

---

(۱) هدایة الطالب، ص ۱۶۰.

تا یکماه اگر خواستم فسخ کنم، مشتری هم با همین شرط ضمنی معامله را قبول کرد، در مدّت مذکور، بیع خیاری و متزلزل است، آنگاه برمبنای مشهور به نفس عقد، علقهٔ ملکیت از بایعُ به مشتری منتقل شد.

[البته برمبنای شیخ طوسی با انقضاء مدت خیار، ملکیت محقّق می شود که در جای خود بحث شده] ولی ظرف مدت مذکور بایع حق دارد مجدّداً این علقه را به خود برگرداند، و بالاجماع می تواند این کار را با فسخ قولی انجام دهد، یعنی بگوید: فسختُ... و یا با فسخ فعلی انجام دهد، یعنی فعلی انجام دهد که دلیل برفسخ باشد.

از جملهٔ افعال تصرفاتِ ناقله است، یعنی در مدت خیار، همین عین را به شخص ثالث بفروشد.

آنگاه در چنین فرضی این اشکال پیش می آید که: فروشنده که مالکِ منزل نیست تا حق فروش به دیگری داشته باشد، پس چگونه فقهاء این بیع را تَجویز کرده اند با اینکه لا بیع الا فی ملک؟

جواب همان است که در اینگونه موارد یک آن قبل از بیع ذی الخیار، معامله قبلی بهم خورده و منزل به ملک بایع برگشته و فروش دوّم او مطابق قاعده است و بیع فی ملک است نه لا فی ملک.

۲ـ در باب هبه، موارد خاصّی هبه لازم شده و واهب حق رجوع ندارد، مثل هبهٔ به ذی رحم، هبه معوّضه، بعد از تصرّف متّهب و... حال از این موارد بگذریم، در مواردی که هبه جایزه است وواهب حق رجوع دارد، فی المثل مجّاناً و بلاعوض چیزی را به بیگانه ای هبه کرده و او هم هنوز تصرفی نکرده، واهب حق رجوع دارد. حال گاهی این رجوع را با فعل و تصرّف ناقل انجام می دهد.

یعنی از طرفی به زید هبه کرده، از طرف دیگر آن را به بکر می فروشد، باز

این مشکل وجود دارد که: هبه تملیک است و با وهبتُ... عین به ملک زید داخل شد، و واهب مالک نیست تا بتواند بفروشد، ولا بیع الاّ فی ملک پس چگونه فقهاء فرموده اند: حق دارد بفروشد؟ جواب همان است که: یک آن قبل از تصرّف ناقل، عین موهوب به ملک واهب برگشته و سپس فروخته شده و قانونِ لا بیع الاَّ فی ملک لطمه ای نخورده است.

حالَ ما نحن فیه هم نظیر این دو مورد باشد که ملکیّت آناً ما قبل از تصرّف، برای آخذ درست شود.

قوله: بعید:

مرحوم شیخ به دفاع از محقق ثانی می فرماید: این التزام بعید است.

قوله: وسیجیئ: این در واقع وجه البُعد است و آن اینکه: به فرمودهٔ کاشف الغطاء: این التزام مستلزم تأسیس فقه جدید و قواعد جدیده است[1] [از جمله اینکه: عقود تابع قصود نباشد، در حالی که بالاجماع العقود تابعة للقصود و ...]

واحدی از فقهاء بدان مستلزم نیست.

قوله: ولکن:

بطور فهرست وار می گوئیم:

الف: مشهور گفتند: معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است.

ب: صاحب جواهر فرمود: محلّ نزاع در معاطاتی است که به قصد اباحهٔ تصرّف انجام پذیرد، این توجیه به نقل عباراتی از فقهاء مبسوطاً ردّ شد وابعدیّت آن بیان شد.

ج: محقّق ثانی فرمودند: نزاع در معاطات به قصد تملیک است، ولی منظور مشهور از اباحهٔ تصرف، اباحهٔ محضه نیست بلکه ملک متزلزل است. این بیان نیز ردّ شد.

---

(۱) کلام کاشف الغطاء مبسوطاً خواهد آمد.

د: مرحوم شیخ فرمودند: اوّلاً نزاع در معاطاتِ شایع و متعارف است یعنی ما قُصد به التملیک، و مشهور در چنین موردی حکم به اباحه کرده اند، و ثانیاً مراد آنها از اباحه به معنای حقیقیِ کلمه یعنی اباحهٔ مجرّده از ملک است و قابل توجیه نیست. سپس دلیل خود را آوردند که چرا اباحه آری ولی ملکیّت نه؟

جواب این بود که: سبب اباحه موجود است ولی سبب ملک مشکوك است ... و سپس عمده اشکالِ این مطلب را از زبان محقق ثانی طرح کردند و تا اینجا با سه بیان در تقویتِ اشکالِ مذکور کوشیدند:

۱ـ اباحهٔ مالکیّه استَ ...

۲ـ قوله: ویؤید ذلک ...

۳ـ قوله: والتزامهم که شبهه ای را جواب دادند، وهرچه در توان داشتند در طبق اخلاص گذاشته و از محقّق ثانی یا ثانی المحقّقین، دفاع کردند.

ولی بعد از همهٔ اینها می فرماید: انصاف اینست که: التزام به ملکیّت آناًمّا که مستشکل مطرح کرد و بدنبال آن، التزام به قواعد جدیده ... به مراتب از توجیه کلمات قوم و حمل اباحه برملک جایز و متزلزل، آسانتر است، و ما را از التزام به این امور نترسانید.

سپس به سه بیان مطلب را دنبال کرده و نتیجه می گیرند که معاطات مفید اباحهٔ محضه است:

بیان اوّل: جمع بین چهار امر، ایجاب می کند که ملکیّت آناًمائی را بپذیریم:

۱ـ از طرفی اصل اوّلی در معاطات عدم ملکیّت است، زیرا سببیت آن برای ملکیت، مشکوك است، و استصحاب عدم ملکیّت جاری می شود.

۲ـ از طرفی هم دلیل خاصی از قبیل اجماع و ... برملکیت وارد نشده تا تعبّداً تسلیم باشیم و بگوئیم: ولو به حکم قاعده، معاطات ملک آور نبود ولی بدلیل خاص مفید ملکیت است.

۳ـ از طرفی هم دلیل خاصی [اجماع، برفرضِ بودن] برصحت تصرفاتِ متوقّف به ملک، دلالت دارد، یعنی اجماع می گوید: بعد از معاطات، هریک از طرفین حق دارد در ما وَصَل الیه، هر نوع تصرّفی انجام دهد حتی البیع والعتق و...

۴ـ از طرفی هم لا بیع الاّ فی ملک و...

حال اگر بگوئیم: از اوّل معاطات ملکیت آمده، به استصحاب اعتنا نشده، و اگر بگوئیم: بعداً هم ملکیّت نمی آید، به امر سوّم و قانون لا بیع الاّ فی ملک، اعتنا نشده، مقتضای جمع بین این چهار امر عبارتست از: قول به ملکیّت آناًمّا قبل از تصرّفات مذکور: پس این قول و التزام کاملاً منطقی و مقتضای جمع است، و ترسی ندارد.

بیان دوّم: قوله: مع انّ:

بیان اوّل براین فرض بود که برجواز تصرّف مذکور، اجماعی داشته باشیم و صحت تصرّفات مذکور را مسلّم بگیریم.

ولی در بیان دوّم می گوئیم: هیچ دلیلی نداریم مبنی براینکه متعاطیین حتی تصرّف متوقف برملک هم می توانند انجام دهند.

و تنها دلیلِ قابل فرض، اجماع است که متأسّفانه اجماعی نیست زیرا که شهید اوّل ره در حواشی قواعدِ علاّمه ره تصریح کرده به اینکه: تصرّفات متوقف برملک برای متعاطیین جایز نیست و مثال آورده به اینکه: مثلاً مال مأخوذ به معاطات را بابت خمسی که به گردن او آمده یا به مال او تعلّق گرفته، نمی تواند بپردازد، [چون لا خمس الاّ فی ملک]

و نیز بابت زکات حق ندارد بپردازد، و نیز جاریه ای را که به معاطات گرفته، حق ندارد وطی کند و...[1]

---

(۱) حاشیهٔ مذکور در اختیار ما نیست، وامّا حاکی عبارتست از: مفتاح الکرامة، ج۴،

پس دلیلی برجواز هر تصرفی پیدا نشد، و قدر متیقن آنست که: تصرفات غیر مالکانه صحیح است و با معاطات تجویز می شود، لا غیر، پس تأییدیّه ای که قبلاً برای محقّق آوردیم، ردّ شد.

بیان سوم:

قوله: وممّا یشهد:

یکی از شواهد بُعد توجیه محقّق مذکور، و قرب مدّعای ما [منظور مشهور اباحهٔ محضه است ولو قصد متعاطیین تملیک بوده، نه اینکه مراد ملک متزلزل باشد.]مطلبی است که شیخ طوسی در مبسوط [۱] و ابن ادریس در سرائر [۲] تصریح کرده اند و از ظاهر قواعد علاّمه نیز مستفاد است[۳] و آن اینکه: اگر مُهدی مالی را به مُهدی الیه اهداء کرد ولی به هدیهٔ معاطاتی و فعلی نه قولی و دارای ایجاب و قبول، فرموده اند: چنین هدیه ای موجب ملکیّت نیست. و اگر بخواهد ملک آور باشد و هدیه ملک طرف بشود باید ایجاب و قبول باشد، ولو از رسول یعنی لازم نیست از خود اهداء کننده باشد بلکه از پیکی که هدیه را به طرف می رساند، هم کفایت می کند.

ولی اگر از هیچکدام نبود مفید ملک نیست. و منحصراً مفید اباحهٔ تصرّف است.

کیفیت استشهاد: بدون تردید اهداء کننده به قصد تملیک مالی را به کسی هدیه می کند معذلک اگر معاطاتی بود، ملکیت نمی آید و اباحه می آید، یعنی اثر مقصود مترتب نمی شود و اثر غیر مقصود مترتّب می شود.

ما نحن فیه هم کذلک، یعنی در معاطاتِ معاوضه ای و بیعی هم طرفین قصد

ص۱۵۸.

(۱)المبسوط، ج۳، ص۳۱۴.

(۲)السرائر، ج۳، ص۱۷۷.

(۳)سلسلة الینابیع الفقهیّة، ج۱۲، ص۳۷۸.

تملیک معاوضی دارند ولی چون ایجاب و قبول نیست، ملک نمی آید، و صرفاً اباحهٔ تصرّف می آید. و بلکه اگر در هدیه ملک نیامد [با اینکه از عقود جایزه است] پس در بیع بطریق اولی ملک نمی آید [چون از عقود لازمه است و حکمش سنگین تر است.]

قوله: ولکن:

تازه در باب هدیه هم که اباحهٔ تصرف آمد، باز کلّی نیست و شیخ طوسی باب وطی الجاریة را استثناء کرده یعنی اگر جاریه ای را بدون ایجاب و قبول، به کسی هدیه کردند، او حق دارد از خدمات جاریه بهره مند شود [از قبیل طبخ ـ نظافت، خیاطت و ...] ولی حق مباشرت ندارد. چون ملک او نشده ولا وطی الاّ فی ملک، پس مطلق تصرفات جایز نیست. [البته اگر در وطی جاریه نصّ باشد، تعبّداً استثناء می شود ولی اگر نص خاصی نیست و به لحاظ عدم ملکیت استثناء شده، باید گفت: استثناء مذکور اختصاصی نیست و از باب مثال است و عتق و بیع و ... را هم می توان استثناء کرد. مگر بنابر قول به ملکیّت آناًمّا ...]

قوله: ثم انّ:

از طرفی مشهور و معروف بین المتأخّرین آنست که: هرکس طرفدار اباحهٔ مجرّده است و می گوید: معاطات فقط اباحهٔ تصرف می آورد، قائل است به اینکه: معاطات حقیقةً بیع نیست، چنانکه ظاهر عبارت ابن ادریس، ابی الصلاح، شیخ طوسی و ... همین بود [قبلاً عبارات این بزرگان نقل شد.]

و بلکه ابن زُهره براین مطلب ادّعای اجماع نمود و فرمود: فان ذلک لیس ببیع ... ویدلّ علی ما قلناه الاجماع، از طرف دیگر محقّق ثانی مدّعی شد که معاطات نه تنها حقیقةً بیع است، بلکه بیع صحیح است و اثر مقصود یعنی ملکیّت هم براو مترتب است و تنها مفید لزوم نیست واصرار داشت که رأی دیگران هم همین است و در واقع گویا ادّعای اجماع داشت براینکه: معاطات بیع صحیح است.

مرحوم شیخ می فرماید: شگفتا!! چقدر این دو ادّعا با یکدیگر فاصله دارند و دقیقاً بردو طرف نقیض قرار دارند، یکطرف می گوید: بالاجماع معاطات بیع نیست. و طرف مقابل می گوید: در بیع بودنِ معاطات تردید نکن، حتماً بیع است ... ولی به نظر ما هردو ادّعا خلاف ظاهر است.

[امّا ادّعای ابن زهره: بیع مبادلهٔ مال بمال است، انشاء تملیک عین بعوض است و در هیچکدام لفظ خاص و ایجاب و قبول نهفته نیست. پس معاطات هم بیع است و انشاء تملیک فعلی است.

وامّا ادّعای محقّق: مبسوطاً روشن شد که مراد مشهور از اباحه، ملکیت متزلزل نیست بلکه اباحهٔ صرفه است و گاه تصریح به عدم ملکیت داشتند.]

قوله: ویدفع:

مضافاً به اینکه هر دو ادّعای متناقض، خلاف ظاهر بودند، هر کدام ایراد جداگانه ای هم دارند، امّا توجیه محقّق دو ایراد دیگر دارد:

۱ـ برخی از همین مشهور که معاطات را مفید اباحه دانسته اند، در جای خود تصریح کرده اند به اینکه: یگانه شرط لزوم بیع، اسقاط کلیّهٔ خیارات [خیار مجلس ـ حیوان ـ عیب ـ شرط و ...] است. یعنی بیع فی حدّ ذاته از عقود لازمه است، ولی بالعرض و در اثر جعل یکی از خیارات، متزلزل و جایز می گردد، و شرط لزوم، سقوط خیارات است [حال این جمله را می توان به سه صورت تبیین کرد:

الف: جمله شرطیه: اگر بیع خیاری بود جایز و متزلزل است.

ب: جمله حصریّه: منحصراً بیع خیاری، جایز و غیر لازم است.

ج: جمله وصفیّه: بیعی که این صفت دارد خیاری است، غیر لازم است.]

مفهوم هرکدام از این جملات [بنابراینکه وصفیه هم دارای مفهوم باشد.] آنست که: پس هر بیعی که خیاری نباشد، لازم خواهد بود. [و معاطات اگر بیع

باشد، بیع بدون خیار است، و به حکم مفهوم مذکور، باید بیع لازم باشد نه جایز و متزلزل، پس چرا فرمودید: مفیدملک جایز است؟]

۲ـ در جملهٔ متن سه احتمال وجود دارد که طبق هرکدام اشکال برمحقق ثانی وارد است:

الف: کلمه صحت و بالصیغه نباشد و تنها انعقاد البیع باشد، یعنی غیر واحدی تصریح کرده اند که: از شروط انعقاد بیع، ایجاب و قبول است. مفهوم شرط آنست که: پس اگر ایجاب و قبول نبود، اصلاً بیعی نیست، برخلاف محقق ثانی.

ب: کلمهٔ بالصیغه نباشد، یعنی ایجاب و قبول از شروط صحت انعقاد بیع است، مفهومش اینست: اگر ایجاب و قبول نبود، بیع فاسد خواهد بود، در حالی که محقّق ثانی معاطات را بیع صحیح و مفید ملک می داند.

پس طبق نظر ایشان باید بگوئیم: ایجاب و قبول از شروط لزوم بیع است نه صحت آن، چون بدون این الفاظ هم بیع صحیح است. ولی حضرات چنین نفرمودند: و لفظ را شرط صحت دانستند، پس معاطات بیع فاسد است.

ج: طبق آنچه در متن آمده: ایجاب و قبول از شرائط صحت انعقاد بیع بالصیغه است، یعنی صحت بیع بالصیغه و قول، مشروط به ایجاب و قبول است، مفهومش اینست که: صحت بیع غیر قولی، مشروط به الفاظ خاصّه نیست و بدون لفظ هم صحیح است [و به ضمیمهٔ عدم القول بالفصل، لازم هم باید باشد. که قاعدتاً همین است.] پس باید معاطات هم صحیح باشد و هم لازم، نه اینکه بفرمائید: غیر لازم است.

پس به هر حال سخن محقق ثانی ناتمام است.

قوله: وامّا الاوّل:

و امّا ایراد سخن ابن زهره و دیگران که می گفتند: معاطات حقیقةً بیع

نیست : نتوان بصورت کلّی معاطات را بیع دانست و یا بیع ندانست ، بلکه تفصیل درکار است : اگر در باب الفاظ معاملات و از جمله در مورد بیع ، صحیحی باشیم . یعنی بگوئیم : لفظ بیع در نزد متشرّعه و فقهاء عظام ، حقیقت در خصوصِ صحیح یعنی مؤثر در نقل و انتقال است و در فاسد و غیر مؤثر مجاز است ، براین مبنی معاطات حقیقةً بیع نیست و نفی بیع بودن از آن کاملاً بجا است ، علی الخصوص در کلام کسانی که می گویند : از شروط صحت بیع وجود صیغه است [که از طرفی صیغه را شرط صحت می دانند ، و از طرفی بیع را برای صحیح و جامع همهٔ اجزاء و شروط قرار می دهند ، و از طرفی هم معاطات ، شرط مذکور را واجد نیست . پس حقیقةً معاطات بیع نیست .] و یا کسانی که بیع را به عقد تفسیر می کنند و می گویند : البیع هو العقد ... یا هو الایجاب والقبول ... [قبلاً در تعریف بیع گذشت .] که طبق این دو معنی هم معاطات حقیقةً بیع نیست

قوله : ولو بناءً :

بیع را حقیقت در صحیح بدانیم به دونحو متصور است :

۱ـ صحت شرعیه در معنای آن دخیل باشد یعنی بیع آن معامله و عقدی است که شرعاً صحیح و مؤثر و مفید نقل و انتقال و ملکیت باشد . طبق این صورت قطعاً معاطات بیع نیست چون شرعاً سببیت آن برای ملکیت ثابت نیست . ولی اصل این مبنی باطل است و قبلاً گذشت که الفاظ معاملات حقائق شرعیه نیستند .

۲ـ صحت عرفیّه در معنای بیع مدخلیّت داشته باشد [تعبیر به ولو بناءً اشاره به همین فرد اَدْنی است تا چه رسد به فرد اعلی که صورت اوّلی بود .] یعنی بیع برای انشاء تملیک مؤثر در نظر عرف وضع شده باشد و از نظر شرعی معنی و مفهوم جدیدی نیافته بلکه به همان معنی است منتهی عرف و شرع گاهی در مصادیق بیع اختلاف دارند ، یعنی برخی از بیوع عرفاً و شرعاً بیع صوری بوده و فاقد اثر است ، مثل بیع هازل و نائم و ... و بعض از بیوع شرعاً و عرفاً صحیح و

مؤثر است، مثل نوع معاملاتِ معمول در بازار، و بعض از بیعها عرفاً مؤثر و موجب ملکیت است.

آنگاه اگر در نظر شارع مقدس و یا در رأی متشرّعه و مسلمین به عنوان اینکه مسلمانند و از حیث اینکه متدین به دیانت اسلام اند [نه به عنوان اینکه از عقلاء هستند یا دارای عادت کذا هستند و ...] که به این حیثیت فعل آنها کاشف از نظر موافق شارع است، در نظر یکی از ایندو صحیح و مؤثر بود که نوعاً چنین است، آن بیع عرفاً و شرعاً بیع حقیقی خواهد بود. و اگر از نظر شرع صحیح و مفید ملکیّت نبود [مانند بیع ربوی - غرری و ...] بیع صوری خواهد بود. ولو عرفاً صوری نباشد ولی شرع در بعض مصادیق عرف را تخطئه می کند. [مطالبی که در ولو بناءً... تا فی نظر العرف آوردیم قبلاً هم در معنای بیع گذشت.]

[قول مصنف: فان قلنا ... یک عدل قضیّه است و این انِ شرطیه معادلی هم دارد که بخاطرِ وضوح آن نگفته اند و اشکال به این عدّه روی همینَ عدل است و آن اینکه: و ان لم نقل به بل قلنا بانه حقیقيةً فی الاعم فلا یصح نفی البیعیة علی وجه الحقیقة.

یعنی: امّا اگر قائل به صحیح نشدیم بلکه اعمّی بوده و گفتیم: بیع حقیقت در اعم از صحیح و فاسد است، در این فرض بلاشک نفی بیعیّت صحیح نیست و نتوان گفت: معاطات حقیقةً بیع نیست. خیر، بیع است ولی بیع صحیح و مؤثر نیست بلکه بیع فاسد است و منظور از فساد هم فساد از حیث اثر مقصود است یعنی ملکیت برآن مترتب نمی شود نه فسادِ مطلق و من جمیع الجهات که حتی مفید اباحه نیز نباشد.

البته مقتضی القاعده این بود که وقتی فاسد شد وجودش کالعدم باشد و اباحه هم نیاورد ولی بدلیل خاص که اجماع باشد اباحهٔ تصرّف حتمی است، و چون در علم اصول حق با اعمّی ها است. پس نتوان گفت: معاطات بیع نیست، خیر بیع است.]

[از نظر ادبی جملهٔ قلنا بان البیع فعل شرط، و جملهٔ فیصح ... فعل جزاء است و مجموعاً این جملهٔ شرطیه جواب و امّا الاوّل است، و فراز ولو بناءً تا فی نظر العرف در میان پرانتز و اشاره به دو صورتی است که قبلاً تصویر شد ...]

قوله: اذا عرفت:

از آغاز بحث معاطات تا به حال در صدد تحریر محلّ نزاع بودیم و به این نتیجه رسیدیم که: دعوا برسر معاطاتی است که به قصد تملیک انجام می گیرد [برخلاف صاحب جواهر] و در چنین موردی مشهور فرمودند: معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است نه ملکیّت [برخلاف محقّق ثانی.] حال که محلّ بحث کاملاً روشن شد می گوئیم:

طبق آنچه از ظواهر کلمات فقهاء مستفاد است، و تعابیر برآن مساعدت و همراهی می نماید، شش نظریّه در معاطات وجود دارد:

۱ـ معاطات [هم مثل بیع بالصیغه] مفید لزوم [ملکیّت لازمه] است، آنهم مطلقاً [در قبال تفصیل بعدی] این قول از ظاهر کلام شیخ مفید در مقنعه استفاده شده [آنجا که می فرماید: والبیع ینعقد علی تراض بین الاثنین فیما یملکان التبایع له اذا عرفاه جمیعاً وتراضیا بالبیع، وتقابضا، وافترقا بالابدان.[۱] که در مقام شروط انعقاد بیع که از عقود لازمه است شروطی را از قبیل: تراضی ـ تقابض و ... آورد ولی ایجاب و قبول را مطرح نکرد پس این امر شرط نیست و معاطات هم بیع لازم است.] و اکثر اهل سنّت یعنی حنفیه و مالکیه و حنابله همین نظر را دارند، منتهی حنفیه قائل به تفصیل بین حقیر و جلیل بودند و احمد و مالک طرفدار اطلاق بودند و شافعیه مثل مشهور امامیّه معاطات را مفید ملک لازم ندانسته اند، که قبلاً نقل شد و در کتاب الفقه علی المذاهب هم آمده[۲]

(۱)مصنفات الشیخ المفید، ج۱۴، ص۵۹۱، چاپ کنگرهٔ جهانی هزارهٔ شیخ مفید.
(۲)الفقه علی المذاهب الأربعة، ج۲، ص۱۵۵ تا ص۱۵۸.

قوله: ویکفی:

[برفرض کسی در ظهور کلام مفید ره در لزوم، تشکیک کند و بگوید: العبارة المنقولة عن المفید غیر ظاهرة فی ذلک، لان مراده من تلک العبارة بیان شرائط الصحة البیع ولزومه. وامّا عدم تعرضه لاعتبار الصیغة فی البیع فلا یدل علی عدم اعتبارها فیه، اذ من المحتمل القریب ان یکون ذلک من جهة انّ اعتبارها فی لزوم البیع من المسلمات وقد حکی عنه فی نکاح المقنعة انه لم یتعرض لاعتبار الصیغة فی النکاح والطلاق مع انّ اعتباره فیهما من البدیهیات. [۱] خواهیم گفت:]

در وجود قائل برای لزوم همین بس که علاّمه ره در کتاب تذکره فرموده: اشهر نزد امامیه آنست که در بیع، صیغه لازم است [۲] [که کلمهٔ أشهر افعل التفضیل است و مفادش آنست که در مقابل اشهر، قول مشهور و معتدٌّبه وجود دارد که صیغه را معتبر ندانسته و بدون آن هم معامله را مفید لزوم می دانند، و اگر لزوم قائل یا قائلهائی نداشت، علاّمهٔ علی الاطلاق تعبیر به اشهر نمی کرد.]

۲ـ **قول به تفصیل**: تردیدی نیست که در معاملهٔ معاطاتی باید چیزی باشد که دالّ بررضایت طرفینی باشد، حال اگر دالّ برتراضی [قبل از اصل معامله این تراضی حاصل شود که نامش مساومه و مقاوله است.] یا برمعامله [اگر با خود این گفتن، معامله و انشاء تملیک انجام می پذیرد و قبلاً مقاوله ای نبوده] لفظی از الفاظ باشد [که منظور ایجاب و قبول نیست وگرنه بیع قولی می شد، مراد الفاظی از قبیل: خُذ هذا الدرهم عنّی واعطنی بقلاً او ماءً و در مقابل صاحب السلعة، درهم را گرفته و متاعی را کیل یا وزن یا عدّ کرده و می گوید: تفضّلوا

---

(۱)پاورقی مصباح الفقاهة، ج۲، ص۸۸.
(۲)التذکرة، ج۱، ص۴۶۲.

یعنی: بفرمائید، یا می گوید: خُذْها و ... که بدین وسیله انشاء تملیک می کنند یا اظهار تراضی می نمایند و با نفس عمل و داد و ستد خارجی، انشاء تملیک می کنند.]

در این صورت معاطات مفید لزوم است. [مفهومش آنست که: اگر دالّ برتراضی یا معامله، لفظ و قول نباشدبلکه با خود فعل یا قرینهٔ حالیه و مقامیّه و مانند آن رضایت طرفین دانسته شود، چنین معاطاتی مفید لزوم نیست.] این نظریّه از برخی از معاصرین مرحوم شهید ثانی [۱] و نیز برخی از محدّثین متأخر [۲] نقل شده است.

قوله: ولکن:

این جمله که بین الهلالین واقع شده، حاشیهٔ منه است و مرحوم شیخ می فرماید: دو قول مذکور را از اقوال در معاطات برشمردن محلّ تأمّل است، [وجه تامّل آنست که: بحث ما فعلاً در حکم و اثر معاطات و نقل اقوال در این رابطه است، و دو قول مذکور مربوط به بحث موضوعی است.

بیان ذلک: از نظر مرحوم شیخ: معاطات بشرط لا است یعنی معامله وقتی صد درصد معاطاتی است که صد در صد عملی و فعلی باشد و هیچ لفظی در آن مطرح نباشد، در حالی که طبق قول دوّم معاطات بشرط شیئ می شود یعنی به شرط اینکه دالّ برتراضی لفظ باشد،

و طبق قول اوّل که مختار محقّق ایروانی همین است زیرا فرموده: انما یریدون بالمعاطاة کلّ معاملة لم تکن بالصیغة المشتملة علی شرائط الایجاب والقبول، حصلت تلک المعاملة بالتعاطی للعوضین او حصلت بانشاء المعاملة بالالفاظ الفاقدة للشرائط [۳] **حال طبق این نظر:** معاطات لا بشرط خواهد بود

---

(۱)مرحوم سید حسن بن سید جعفر موسوی کرکی که استاد شهید ثانی بوده.

(۲)شیخ یوسف بحرانی در کتاب الحدائق الناظرة، ج۱۸، ص۳۵۵.

(۳)الحاشیة علی المکاسب، ص۷۶.

یعنی فرقی ندارد که دالّ برتراضی یا معامله لفظ باشد یا غیر لفظ، پس در واقع بحث در اینست که: آیا با آمدن لفظی از قبیل: خُذ واعطنی و... اصلاً معاطات نیست، یا موضوعاً معاطات است؟]

۳ـ معاطات مفید ملکیت غیر لازمه است [یعنی به نفس معاطات، ملکیّت آمد ولی تا عینین موجودند، طرفین حق فسخ دارند، و مع تلف احدیهما او بعض احدیهما، لزوم آمده و حق فسخ منتفی می شود.]

محقق ثانی [۱] این نظریّه را برگزیده و آن را به کلیّه کسانی هم که معاطات را مفید اباحه دانسته اند نسبت داده است، و اباحه را در کلام آنان به ملک جایز توجیه کرده که مبسوطاً گذشت و ما توجیه ایشان را نپذیرفتیم.

۴ـ ظاهر عبارات کثیری از فقهاء اینست که: معاطات مفید ملکیت نیست، و مفید اباحهٔ تصرّف است، آنهم جمیع تصرّفات، چه آنها که متوقف برملک نیست مثل اکل و شرب و... و چه آنها که مشروط به ملک است مانند عتق وبیع و...

شهید ثانی در مسالک فرموده: کلیهٔ کسانی که طرفدار اباحهٔ تصرّف هستند و معاطات را مفید اباحه می دانند، هرنوع تصرّفی را تجویز می کنند. [۲]

۵ـ بوسیلهٔ معاطات، خصوص تصرّفاتی که متوقّف برملک نباشد، مباح می شود نه کلیّهٔ تصرفات، ظاهر کلام شهید اوّل در حاشیهٔ قواعد علاّمه ره [۳] همین قول است. و متناسب با سخن شیخ طوسی در باب اهداء جاریه [۴] همین است که فرمودند: با هدیهٔ معاطاتی استفاده از خدمات جاریه جایز است ولی مباشرت با او جایز نیست، چون منوط به ملکیّت است.

---

(۱) جامع المقاصد، ج۴، ص۵۸.
(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۰.
(۳) حاشیهٔ مذکور در اختیار ما نیست.
(۴) المبسوط، ج۳، ص۳۱۴.

۶ـ اصلاً معاطات از هرجهت بیع فاسد است، یعنی نه تنها مفید ملکیّت لازمه یا جایزه نیست، بلکه اصلاً مفید اباحهٔ تصرف هم نیست، آنهم نه تنها تصرّفات متوقّف برملک، بلکه مطلق تصرّفات، جایز نیست. این قول به علاّمه ره در نهایَة نسبت داده شد [۱] ولکن در سایر کتابهایش از این نظریّه عدول کرده است.

قوله: والمشهور:

اقوال در معاطات و نقش و تأثیر آن در لزوم یا ملکیت یا اباحه بیان شد، حال می فرماید: به عقیدهٔ مشهور امامیه معاطات تنها مفید اباحهٔ تصرف است و موجب ملک نیست، بلکه می توان ادّعا کرد تا زمان محقّق ثانی احدی از فقهاء به صراحت فتوی به ملکیت متزلزل نداده.

و اوّلین کسی که معاطات را مفید ملک دانست جناب محقق ثانی در جامع المقاصد و حاشیهٔ ارشاد است. و بلکه سعی کرد کلام مشهور را هم توجیه کرده و آنها را طرفدار ملک متزلزل جلوه دهد، ولی ما زیربار نرفتیم: پس قبل از محقق ثانی کسی قائل به ملک نبوده و از هیچ عبارتی این معنی به وضوح و صراحت یا ظهور مستفاد نیست. آری علاّمه ره در تحریر سخنی دارد که موهِم این مطلب است، ایشان فرموده اند:

اقوی اینست که: معاطات مفید لزوم نیست بلکه هریک از متعاطیین حق دارند تا زمانی که عین مال مأخوذ بالمعاطاة موجود است، معاوضه را فسخ کنند و تنها با تلف یکی از دو مال است که معاوضه، لازم و غیر قابل فسخ می شود. [۲]

و مرحوم شهید ثانی در مسالک براساس همین عبارت، به علاّمه ره نسبت داده که: ایشان طرفدار ملکیّت جایزه است. [۳]

---

(۱)نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۹.
(۲)تحریر الاحکام، ج۱، ص۱۶۴.
(۳)مسالک الافهام، ج۱، ص۱۶۹.

ولکن مرحوم شیخ این نسبت را قبول ندارد و مدّعی است که به عقیدهٔ علاّمه در تحریر معاطات مفید مجرّد انتفاع و اباحهٔ تصرف است نه ملکیّت، و برای این مدّعا دو شاهد و دلیل از کلام خود علاّمه اقامه می کنند:

۱ـ همین علاّمه در تحریر بدنبال عبارت مذکور، فرموده: هریک از متعاطیین حق دارند در آنچه از دیگری قبض کرده تصرّف کند و از آن منتفع شود، و انتفاع حرام نیست[۱] برخلاف بیع فاسد که هیچ نوع انتفاعی را جایز نمی کند.

کیفیت استشهاد: اگر مراد علاّمه از تعبیر به: الا قوی انّ المعاطاة غیر لازمة ... این بود که: معاطات مفید ملکیت هست ولی مفید لزوم نیست، لازمه اش این بود که: تعبیر بعدیِ ایشان یعنی: ولا یحرم ... الانتفاع، بی معنی و لغو باشد، زیرا از ضروریات است که وقتی ملکیت بود جواز انتفاع هم خواهد بود، و اینکه گفتن ندارد. از اینکه فرمود: ولا یحرم ... معلوم می شود مراد ایشان هم مجرّد انتفاع و اباحهٔ تصرف است

اگر بگوئید: پس الاقوی ... غیر لازمة، یعنی چه؟ آیا مفهومش این نیست که: معاطات مفید ملک جایز است؟

خواهیم گفت: این تعبیر در قبال شیخ مفید و دیگران است که آنها معاطات را مفید لزوم می دانستند، و علاّمه در مقابل می فرماید: خیر مفید لزوم نیست امّا اینکه مفید جواز است یا نه؟ از این حیث در مقام بیان نیست.

و **اگر بگوئید:** پس چرا لفظ معاوضه را بکاربرد؟ آیا این ظهور در مبایعه و تملیک و تملک ندارد؟ خواهیم گفت: این تعبیر به اعتبار اینست که: متعاطیین به قصد تملیک این معاطات را انجام دادند و متناسب با نیت و قصد آنها تعبیر به معاوضه کرد یعنی معاوضهٔ در نظر مُعطی و آخذ، ولو واقعاً و خارجاً معاوضهٔ

(۱) تحریر الاحکام، ج۱، ص۱۶۴.

شرعی و موجب نقل و انتقال، نیامده است.

و اگر بگوئید: پس چرا تعبیر به فسخ کرد؟ مگر نه اینست که: فسخ فرع برتملیک و معاوضه است؟ و مگر نه اینست که اگر معاوضه وملکیتی پیش نیامده بود باید بجای فسخ، ردّ استعمال می شد و می فرمود: لکلّ منهما ردّالعین؟

خواهیم گفت: این نیز به لحاظ ما قَصَدَهُ المتعاطیان است که قصد تملیک دارند و به نظر آنها ملکیت به دیگری منتقل شده پس جای فسخ است.

و اگر بگوئید: پس چرا در پایان فرمود: فان تلفت لزمت؟ آیا معنایش آن نیست که قبل از تلف جواز و تزلزل و ملک کذائی وجود داشت؟

خواهیم گفت: این نیز به لحاظ قصد و نظر متعاطیین است.

۲ـ همین علاّمه در تحریر در باب هبه فرموده: هبه مشروط به ایجاب و قبول است[۱] [و بدون آن منعقد نمی شود.] سپس فرموده: آیا در هدیهٔ طعام و خوراکی هم ایجاب و قبول لازم است؟ یا از آن مستغنی هستیم؟ اقوی عدم استغناء است پس بدون آن طعام یا مال موهوب دیگر، ملک طرف نمی شود، آری تنها اباحهٔ تصرّف می آید و حق دارد در آن مال تصرف کند، چون قرینهٔ حالیه برآن وجود دارد.[۲]

و در باب هدیه نیز به این مطلب تصریح کرده که باید ایجاب و قبول باشد وگرنه هدیهٔ معاطاتی ملک آور نیست و مفید اباحه است[۳] حال وقتی علاّمه در مثل هبه و هدیه که از عقود جایزه هستند معاطات را صحیح و مؤثر در تملیک نمی داند، پس در باب بیع که از عقود لازمه است، به طریق اولی معاطات را صحیح وموجب تملیک نخواهد دانست چون عقد لازم حکمش سنگین تر از عقد جایز است.

---

(۱)تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۸۱.

(۲)تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۸۴.

(۳)تحریر الاحکام، ج۱، ص۲۸۴.

قوله: وذهب:

پس علاّمه در تحریر طرفدار ملک نشد و اوّل کسی که معاطات را مفید ملک جایز دانسته جناب محقّق ثانی است. پس از ایشان هم گروهی از این نظریّه پیروی کرده اند.

قوله: ولا یخلو عن قوة:

مرحوم شیخ در رابطهٔ با معاطات در دو مقام بحث می کنند:

۱ـ آیا معاطات مفید ملکیت است یا مفید مجرّد اباحهٔ تصرّف؟

۲ـ برفرض افادهٔ ملکیت، آیا مفید لزوم است یا جواز و تزلزل؟

اما مقام اوّل: می فرماید: به عقیدهٔ ما هم [مثل محقّق ثانی و ...] حصول ملک خالی از قوّت نیست. و برای این مدّعا به دلائل متعدّدی تمسک می کنند.

دلیل اوّل: سیرهٔ مستمرّه: این دلیل به دو بیان قابل عرضه است:

الف: سیرهٔ مسلمین: در طول تاریخ، همهٔ فِرَق اسلامی به معاطات به چشم بیع نگریسته و آثار ملک را برآن مترتب نموده و با مالی که از طریق معاطات به دست می آوردند، همانند مالی که به وسیلهٔ بیع بالصیغه بدست می آوردند. معامله می نمودند، یعنی آن را ملک طلق خود دانسته و هرگونه تصرفی را روا دانسته و بدون دغدغهٔ خاطر آنها را مرتکب می شدند، چه تصرفاتی که متوقف برملک نباشد و چه تصرفاتی که منوط به ملکیت باشد.

از قبیل: اگر عبدی را به معاطات به چنگ آورده بودند، به عناوین مختلف در راه خدا آزادش می کردند، با اینکه لا عتق الاّ فی ملک، متاع مأخوذ بالمعاطاة را بدیگری می فروختند، با جاریهٔ کذائی مباشرت می نمودند، مال مذکور را برای دیگری وصیت می کردند، اگر آخذ می مُرد، ورثهٔ او این اموال را مثل بقیّهٔ اموال به ارث می بردند و غیر ذلک از قبیل: وقف و هبه و صلح و ...

و این سیره را مسلمین در طول تاریخ داشته اند و خلاف آن هم نقل نشده است

پس معلوم می شود مسلمین این روش را از رئیس اسلام و شارع مقدّس دریافت کرده اند و سیرهٔ متشرّعه بما هم متشرّعه است. و چنین سیره ای حجّت است.

[از جوابی که بعداً مرحوم شیخ خواهند داد، روشن می شود که مراد ایشان همین سیرهٔ مسلمین است، از حاشیهٔ مرحوم سیّد هم همین مستفاد است، آنجا که می فرماید: فانّ من المعلوم انّ المتشرّعة من زمان النبي صلی الله علیه و آله الی یومنا هذا یجرون احکام البیع علی المأخوذ بالمعاطات ولا یفرقون بینه وبین المأخوذ بالصیغة.

و... بل من المعلوم انّ الأئمّة علیهم السلام و اصحابهم بل سایر الناس من العلماء والعوام کانوا یتصرفون فی الهدایا و العطایا تصرف الملاك ولم یعهد من احد منهم اجراء الصیغة فیها...[1]]

ب: **سیرهٔ عقلاء عالم:** [به نظر می آید، مراد از سیره همین بناء عقلاء باشد و مسلمین هم از حیث اینکه از عقلاء بودند چنین سیره ای داشتند، نه اینکه سیره متشرّعه بما هم متشرّعه باشد.] عقلاء عالم در طول تاریخ و حتی پیش از اسلام و سایر ادیان الهی وبلکه از روزی که انسان در دنیا زندگی می کرده وزندگی اجتماعی برپا بوده، بیع معاطاتی هم بوده و سنگ بنای معاملات را تشکیل می داده و بیع بالصیغه تاریخ روشن ندارد، به هر حال همیشه عقلاء عالم برمعاطات کلیّهٔ آثار ملك را مترتّب می کردند تا منتهی می شود به عصر شارع مقدّس و ظهور اسلام.

و در سخنان پیامبر یا ائمه علیهم السلام یکجا هم پیدا نمی شود که پیروان خود را از پایبندی به این سیره ممانعت کرده باشند از عدم ردع آنان، به رضایت آنان بدین سیره پی می بریم، و سیرهٔ مذکور از سیره های مُمضاة و غیر مردوعه بوده و حجّت

(۱) حاشیة السّید علی المکاسب، ص۶۸.

خواهد بود.

[حضرت امام خمینی سلام اللّه علیه می فرماید: تدل علی صحتها السیرة المستمرّة العقلائیة من لدن تحقّق التمدن والاحتیاج الی المبادلات الی زماننا، بل الظاهر ان البیع معاطاةً اقدم زماناً واوسع نطاقاً من البیع بالصیغة.

فلا ینبغي الشبهة فی انّ البشر فی اوّل تمدنه واحتیاجه الی المبادلات کان یبادل الاجناس بالاجناس من غیر انشاء المعاملات باللفظ ... وکانت الاسواق من کل ملة جاریة علی المعاطاة، وقد کانت متعارفة فی عصر النبوّة وبعده بلا شبهة، فلو کانت غیر صحیحة لدی الشارع او غیر مفیدة للملکیة مع بناء العقلاء علیها ومعاملة الملکیة مع المأخوذ بها مطلق، لکان علیهم البیان القابل للردع، ومعه کان اشتهاره کالشمس فی رابعة النهار، لانّ ردعها موجب لتغییر اسواق المسلمین فی المعاملات کما هو واضح.

اضف الی ذلک سیرة المتشرّعة من العلماء والصلحاء وغیرهم، ولم یعهد منهم اجراء الصیغه لدی شراء الخبز واللحم و ... وبالجملة لا فرق لدیهم بین انشاء الصیغة وبین المعاطاة فی شیئ من الآثار صحةً ولزوماً ...[1]]

دلیل دوم: قوله تعالی: ﴿احلّ اللّه البیع﴾[2]

بیان ذلک:

معاطات بیع است «صغری» و بیع حلال است «کبری»

پس معاطات حلال است «نتیجه»

هریک از صغری و کبری قابل بحث و بررسی است و به ترتیب کتاب از کبری شروع می کنیم: امّا کبری: دو کلمه در کبری باید تحلیل شود:

۱ـ لفظ حلیّت

---

(۱)کتاب البیع، ج۱، ص۵۴ و۵۵.

(۲)سورهٔ بقره، آیه۲۷۵.

۲ـ لفظ بیع

امّا بیع: واژه بیع در اصل لغت به معنای مبادلهٔ مالٍ به مالٍ بود [المصباح المنیر که در اوّل بیع گذشت] و مبادلهٔ یا با انشاء صیغهٔ و گفتنِ: بعتُ وقبلتُ انجام می گیرد و یا با معاطات و دادوستد عملی.

ولا شک در اینکه مجرّد مبادلهٔ مذکور [با قطع نظر از آثار و تصرفات درعوضین] حرام نیست، و اصولاً حرمت آن معقول نیست، و کسی هم توهّم نکرده است تا خداوند در مقام دفع توهم حظر، بفرماید: احل اللّه البیع.

و نیز بیع در اصطلاح مرحوم شیخ به معنای انشاء تملیک عین به عوض بود، چه انشاء قولی و چه فعلی، باز حرمتِ نفس این انشاء تملیک، معقول و متوهّم نیست، تا آیه در صدد دفعِ آن باشد، بلکه نفس مبادله یا انشاء تملیک، بدون در نظر گرفتنِ آثار و احکام تصرفاتِ طرفین در عوضین، قطعاً حلال است و کیفر ندارد.

پس ظاهر آیه بدون اینکه تقدیر و تصرّفی در آن انجام شود، غیر معقول می نماید، لذا در اینکه مراد واقعیِ آیه چیست؟ احتمالاتی از سوی بزرگان مطرح شده که در اینجا به نقل سه احتمال می پردازیم:

۱ـ مرحوم شیخ می فرماید: در آیه باید چیزی مقدر باشد و منظور اینست که: خداوند تصرفاتِ مترتّب بربیع را [که به دنبال بیع، مشتری در مبیع، و بایع در ثمن انجام می دهند.] حلال کرده است. و اطلاق یا عموم آیه [به واسطهٔ حذف متعلّق] همهٔ تصرفاتِ بعدی را شامل است، هم تصرفاتی را که متوقف برملک نیست، و هم تصرّفاتِ متوقّف برملک را.

۲ـ مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده: مجاز در کلمه مرتکب شده و بیع را به معنای مبیع [مصدر به معنای اسم مفعول] می گیریم و منظور اینست

که: خداوند مبیع را حلال کرده است. و چون مبیع، عین خارجی و مالی از اموال است، و عین خارجی مستقیماً متعلّقِ حکم واقع نمی شود [در اصول خواندیم که: هرجا عینی از اعیان متعلّق حکم شرعی واقع شد، از قبیل: حرّم علیکم الخمر، حرّمت علیکم المیتة و... حتماً باید فعلی از افعال اختیاریه را در تقدیر بگیریم، از قبیل: شرب الخمر، اکل المیتة و...] بناچار باید چیزی مقدر باشد و آن تصرف در مبیع و انتفاع از آن است.

و چون نوعِ تصرّف را مشخص نکرده، می گوئیم: متعلّق مفید عموم است یعنی خداوند جمیع تصرفات را در مبیع حلال کرده، حتی المتوقّفة علی الملک[۱] و در ادامه از این احتمال دفاع کرده و شواهدی آورده اند، تا به اینجا که فرموده: و قد یتوهم انّ هذا التقریب لا بأس به الاّ انّه مبنی علی کون البیع بمعنی المبیع وهو غیر ثابت، ویندفع بما فی المصباح الذی قال العلاّمة الاستاذ: انّه امتن کتب اللغة من قوله: یطلق البیع علی المبیع ویقال هذا بیع جیّد...[۲]

۳ـ مرحوم ایروانی در حاشیه فرموده: اصلاً مراد از بیع در آیه، به معنای مصدری و فعل البایع نیست، بلکه به معنای معاملهٔ خاصّه ای است که دارای ایجاب و قبول، بایع و مشتری و احکام و شروط است، و منظور اینست که: خداوند این معاملهٔ خاصه را حلال کرده است، و فرموده: ... وان لا نقدّر المتعلّق بل نجعل المتعلّق نفس البیع لکن البیع بمعنی المعاملة الخاصّه لا انشاء البیع...[۳]

وامّا واژهٔ حلیّت: در این کلمه سه احتمال وجود دارد:

۱ـ منظور حلیّت تکلیفی باشد، بیع حلال است یعنی جایز و مشروع است و اگر کسی آن را مرتکب شد عقاب ندارد. در مقابل حرمت ربا که به معنای

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۶۱.

(۲)هدایة الطالب، ص۱۶۲.

(۳)الحاشیة علی المکاسب، ص۷۷.

استحقاق عقوبت است.

۲ـ منظور حلیّت وضعی باشد، بیع حلال است یعنی صحیح و نافذ و مؤثر و مفید نقل و انتقال و تملیک و تملّک است، و احلّ اللّه البیع ای انفذه وجعله صحیحاً و... [البته حلیّت را تکلیفی بدانیم یا وضعی، مراد حلیّت تأسیسی نیست بلکه امضائی است، چون قبل از شریعت هم بیع بوده ...]

۳ـ مراد از حلیّت، اعمّ از حلیّتِ تکلیفی و وضعی باشد، که خود این به چند صورت قابل فرض است: [ولو مرحوم شیخ متعرض نیست]

الف: به نحو اشتراك لفظی: واژۀ حلّ برای هرکدام جداگانه وضع شده باشد.

ب: به نحو اشتراك معنوی: واژۀ مذکور، برای قدر جامع وضع شده باشد.

ج: به نحو حقیقت و مجاز: که در یکی حقیقت و در دیگری مجاز باشد.

حال مرحوم شیخ از احتمالاتِ مذکور در کلمۀ بیع، احتمال اوّل را اختیار کرده و از احتمالات کلمۀ حلیّت نیزَ احتمال اوّل را، ولذا در کیفیت استدلال فرموده:

آیه بالمطابقه برحلیّت و جواز تکلیفی جمیعِ تصرّفاتِ مترتّب بربیع، دلالت می کند.

و از جملۀ آنها تصرّفاتِ متوقفه برملک است، و چون اینها بدون ملک نمی شود، پس بالملازمه برملکیَت هم دلالت می کند، یعنی لازمۀ حلیّت تکلیفیِ همه تصرفات، عبارتست از ملکیّت پس بالملازمه دالّ برملک است.

سپس با کلمۀ بَلِ ترقّی اشاره می کنند به احتمال دوّم در معنای حلیّت و می فرماید:

بعضی ها گفته اند یا ممکن است کسی بگوید: اَحَلَّ در آیه به معنای مجرّد حلیّت تکلیفی نیست بلکه به معنای حلیّت وضعی است و معنای آیه اینست: انفذ

اللّه البیع ... طبق این احتمال آیه بدلالت مطابقی و مستقیماً برصحت بیع و افادهٔ ملکیت و نقل و انتقال دلالت دارد که بالاتر از مدلول التزامی است. ولکن به نظر ما این معنی محلّ تامّل است[1] زیرا کلمهٔ احلّ در آیه به معنای حلیت تکلیفی است نه وضعی، و شاهد آن دو امر است:

۱ـ ظهور کلمهٔ احلَّ در حلیّت و جواز تکلیفی.

۲ـ قرینهٔ مقابله: ذیل آیه فرموده: و حرّم الربوا، و مراد از حرمت، حرمت تکلیفی است. به قرینه مقابله قبل آن هم که فرموده: احلّ اللّه البیع، مراد حلیّت تکلیفی است. تا اینجا بحث کبروی تمام شد و به این نتیجه رسیدیم که بیع مفیدِ ملکیّت است.

و امّا صغری: اینکه معاطات بیع است، از واضحات است و نیاز به بیان ندارد.

اگر کسی بگوید: ما قبول نداریم که از دیدگاه عرف، برمعاطات بیع صدق کند. خواهیم گفت: انکارِ صدق عرفی مکابره و زورگوئی محض و خلاف وجدان است.

و اگر کسی بگوید: بعضی از فقهاء از قبیل: سید بن زهرة [قبلاً عبارت ایشان نقل شد.] ادّعای اجماع کرده براینکه: معاطات بیع نیست. [یعنی ولو عرفاً بیع باشد ولی شرعاً به دلیل خاص و تعبدی که اجماع باشد، بیع نیست.]

خواهیم گفت: مراد ایشان نفی ماهیّت نیست بلکه نفی صحت و لزوم است، یعنی بیع متعارف که یکی از معاملات لازمه است [که در مقابل اجاره ـ نکاح و ...] و یکی از عقود می باشد، برمعاطات صدق نمی کند، و معاطات چنین بیعی نیست. نه اینکه اصلاً بیع نباشد.

---

(۱) به قول محقق ایروانی در حاشیه، ص۷۷: وسیلتجئ الی اختیار هذا الذی هو محلّ للتأمّل.

و شاهد براین جواب، کلامی از خود ابن زهرة است که صریحاً فرموده: ایجاب و قبول از شروطِ صحت بیع است.[۱]

حال اگر مراد وی از اجماع مذکور، این بو دکه معاطات حقیقةً بیع نیست، جا داشت بفرماید: ایجاب و قبول شرط اصل انعقاد بیع است، نه شرط صحتِ آن، از تعبیر به شرط الصحة می فهمیم که مراد ایشان نفی ماهیّت بیع از معاطات نیست، بلکه نفی صحت و لزوم است.

و اگر کسی بگوید: برفرض که معاطات به نظر سید بن زهرة و امثال او، بیع باشد امّا بیع فاسد است، و مشهور بیع فاسد را اصلاً بیع نمی دانند، پس باز نفی ماهیّت مراد است نه نفی لزوم، خواهیم گفت:

قبلاً این مطلب بیان شد که: بنابر وضع الفاظ برای خصوصِ صحیح، آری، بیع فاسد اصلاً بیع نیست. ولی بنابر اعمّی [که حقّ است] بیع فاسد هم بیع است. فالمعاطاة بیع [منتهی ما فسادش را قبول نداریم]

نتیجه: معاطات بیع است، و بیع موجب ملکیت است، پس معاطات مفید ملک است، و هو المطلوب.

دلیل سوّم:

قوله: و ممّا ذکرنا:

دلیل سوّم از ادلّهٔ افادهٔ معاطات ملک را، آیهٔ شریفهٔ تجارت است: الاّ ان تکون تجارةً عن تراض[۲]

مرحوم شیخ می فرماید: از مطالبی که در رابطه با آیهٔ قبلی آوردیم. کیفیت استدلال به این آیه روشن می شود:

معاطات تجارت همراه با تراضی است «صغری».

---

(۱)

(۲)سورهٔ نساء، آیه۲۹.

و تجارت کذائی حلال است و اکل مال به باطل نیست «کبری».
پس معاطات حلال است «نتیجه».
آنگاه همان مراحلی را که در رابطه با آیهٔ قبلی، طیّ کردیم، در اینجا نیز قابل پیمودن است، فقط کافی است کلمهٔ بیع را برداشته و کلمهٔ تجارت را جای آن بگذاریم.
دلیل چهارم: واما قوله: الناس مسلطون علی اموالهم[1]
کیفیت استدلال: حدیث مذکور به عمومش می فرماید: مردم براموال خود سلطنت دارند، و چون مال عینی خارجی است، منظور سلطنت برتصرف در آن است و چون نوعِ تصرف مشخص نشده، هرنوع تصرفی را شامل است.
آنگاه: معاطات تصرف در مال است «صغری».
و مردم برتصرف در اموال خود مسلّط هستند «کبری».
پس مردم برمعاطات مسلّط هستند و حق دارند تملیک معاطاتی کنند «نتیجه».
باز یا بالمطابقه و یا بالملازمه برصحت و ملکیّت، دلالت دارد.
مرحوم شیخ به این دلیل اعتراض دارند و می فرمایند: این حدیث دلیل برمدّعای ما نیست و ثابت نمی کند که: معاطات مفید ملک است.
بیان ذلک:
در باب سلطنت براموال دو نوع سلطنت مطرح است:
۱ـ از نظر کمیّت: سلطنت برمال انواعی دارد، از قبیل: سلطنت برمال به نحو بیع وهبه و صلح و وقف و...
۲ـ از نظر کیفیت: در هر نوعی از سلطنتهای مذکور، این سئوال مطرح است که: چگونه این سلطنت رااعمال کند؟ آیا می تواند بدون ایجاب و قبول هم وقف کند؟ مصالحه کند؟ و... حال عمومیّتِ حدیث مذکور به لحاظ حذف

---

(۱)بحار الانوار، ج۲، ص۲۷۲، حدیث۷.

متعلّق، قبول، ولی عمومِ آن به اعتبار انواع و اقسام سلطنت است یعنی مردم برانواع تصرف در مالِ خود مسلط اند به اینکه بفروشند، هبه کنند و ... و اگر در نوع خاصّی از انواع سلطنت، [مثلاً مضاربه ـ مساقات، شرکت و ...] شک کردیم که آیا مالک این نوع سلطنت را دارد یا نه؟ شرعاً این نوع از تصرّف در حقّ او نافذ است یا نه؟ به عموم حدیث مذکور تمسّک می کنیم.

امّا اگر از لحاظ کیفی دچار شبهه شدیم، یعنی یقین کردیم که فلان نوع از سلطنت برای مالک ثابت است ولی چگونه از اِعمال کردنش مشکوك بود، نمی توانیم به عموم مذکور تمسّک کنیم.

مثلاً می دانیم که تملیک معاوضی برای مالک تجویز شده و او می تواند مالش را درعوض مال دیگری به او تملیک کند، ولی شک داریم که آیا این تملیک خاص به وسیلهٔ معاطات به قصد تملیک حاصل می شود یا حتماً باید ایجاب و قبول قولی باشد؟ آیا معاطات هم سببیت دارد یا نه؟ که ما نحن فیه از این قبیل است، جای تمسّک به عموم نیست.

چون حدیث از این جهات در مقام بیان نیست تا قابل تمسّک باشد، و شک هم بکنیم، کافی است در عدم جواز تمسّک. [نظیر اینکه حدیث می گوید: الطلاق بید من اخذ بالساق، کسی نمی تواند بگوید: این جمله اطلاق دارد، پس اگر شک کردیم که: با اَنْتِ خلیّةٌ، انتِ بریّةٌ و ... واقع می شود یا نه؟ به اطلاق تمسک کنیم خیر جای اطلاقَ نیست. و حدیث مذکور از نظر کیفیّت و جزئیات مطلب در مقام بیان نیست. و ... نظائر، فراوان است.]

قوله: ومنه یظهر:

به همین بیان که در ما نحن فیه به حدیث سلطنت، نتوانستیم تمسک کنیم، دقیقاً با همین بیان در آینده هم در باب شک در اجزاء و شرائط کسی نمی تواند به حدیث مذکور تمسک کند. [مثلاً می دانیم که تملیک معاوضی و بیع، مشروع

است و مالک حق دارد مال خود را بفروشد ولی شک داریم که آیا عربیّت هم در صیغهٔ بیع دخیل است یا نه؟ جای اطلاق الناس مسلطون نیست. چون حدیث مذکور از لحاظ انواع سلطنت عموم دارد و امّا از لحاظ کیفیت سلطنت در نوع خاصّی از آن انواع، اطلاق و عموم ندارد، تا قابل تمسّک باشد.]

قوله: وکیف کان:

استدلال به حدیث سلطنت، قابل قبول باشد یا نه، همان استدلال به آیهٔ بیع و آیهٔ تجارت، مضافاً به استدلال به سیرهٔ مستمرّه، ما را بس است و مدّعای ما را که: حصول الملک بالمعاطاة باشد، ثابت می کند، و نیازی به دلیل دیگر نیست.

قوله: اللهمّ الاّ ان یقال:

تا به حال نهایت سعی و کوشش را در جهت استدلال به آیات و سیره، برمطلوب خود، بکار بردیم، ولی از اینجا ورق برمی گردد، و ادّعا می کنیم که: هرسه دلیل قابلِ مناقشه است، و مطلوب ما را [ملکیّت از اوّلِ امر و از هنگام معاطات] ثابت نمی کند.

امّا مناقشه در آیهٔ بیع و تجارت: با توجه به آنچه در کیفیت استدلال به دو آیه آوردیم می گوئیم: مفاد اصلی و معنای مطابقیِ دو آیه عبارتست از: اباحه و حلیّتِ کلیّهٔ تصرّفاتی که بربیع یا تجارت، مترتب می شود، [احلّ الله البیع، یعنی خداوند تصرّفات مترتّبه بربیع را حلال و مباح، قرار داده است. و تجارةً عن تراض ... یعنی چنین چیزی اکل مال به باطل نبود. و مشمولِ نهیِ لا تأکلوا ... نیست، تا حرام و منهی عنه باشد، پس تجارت کذائی و مالی که از این طریق اکتساب می شود، حلال است.]

ولی این مقدار کافی نیست و مدّعای ما اثباتِ اباحه و حلیّتِ تصرفات، نمی باشد بلکه بالاتر از آن، ملکیّت از اوّلِ امر، مطلوب ما است، وَ مع الاسف دو آیهٔ مذکور، این معنی را اثبات نمی کنند. زیرا که ملکیّت عینِ اباحهٔ تصرف که

نیست [مثل انسان و بشر، صلّ ولا تترك الصلوة و ... که بقولی عینان و مترادفان هستند.]

زیرا اباحه حکم تکلیفی است و ملکیّت حکم وضعی است، و عینیّت ندارند. ونیز ملکیّت جزء اباحهٔ تصرّف هم نیست تا آیتین بالتضمّن برآن دلالت کنند. زیرا اباحهٔ تصرف یا بالمعنی الاعمّ است [که شامل هریک از کراهت و اباحه و استحباب و وجوب می شود.]

و یا بالمعنی الاخصّ است [که مخصوص اباحه در قبال احکام دیگر است.] و در هر صورت، یا احکام را بسائط می دانیم [کما هو الحق و علیه جماعة من المتأخرین.] و یا مرکّبات می دانیم [کما علیه المشهور من القدماء و المتأخرین الی زمن الشیخ الاعظم.]

و علی کلّ حال ملکیّت جزء معنای جواز و اباحهٔ تصرّف نیست، پس اگر دلالتی باشد [یعنی آیتین بخواهند برملک دلالت کنند.] باید بدلالت التزامی باشد، واستلزام یا ملازمه، اقسامی دارد:

۱ـ ملازمهٔ عقلیّه: یعنی عقلاً لازم و ملزوم از یکدیگر مستحیل الانفکاك باشند مانند علت و معلول یا معلولین لعلّة ثالثه، چنین ملازمه ای وجود ندارد، زیرا چه بسیار مواردی که تخلّف کرده یعنی اباحهٔ تصرّف هست ولی ملکیّت نیست، کما فی العاریة والاجارة بالنسبة إلی العین، والضیف الی الطعام و ... ولزوم عقلی تخلّف بردار نیست. و یک مادّهٔ نقض هم آن را ابطال می کند.

۲ـ ملازمهٔ عادیّه: یعنی عادتاً میان اباحهٔ کلیّهٔ تصرفات، با ملک بودن از اوّل امر و از حین معاطات، ملازمه ای وجود داشته باشد، این نیز وجود ندارد، زیرا عادتاً خیلی از مردمان به دوست و رفیق و همسایه، وسیله ای را می دهند و اباحهٔ تصرف درست می شود، در حالی که هرگز راضی به ملکیّت او نیستند.

۳ـ ملازمهٔ عرفیّه: یعنی نزد عرف عام و عقلاء، میان اباحهٔ تصرّفات با

ملکیّت ملازمه باشد و عقلاء بماهم عقلاء قضاوت کنند و بگویند: هرجا اباحه بود ملک هم هست. این نوع از ملازمه هم وجود ندارد، و واضح است.

۴ـ ملازمهٔ شرعیّه: یعنی ملازمه ای که بدلیل خاصّ شرعی میان دو حکم برقرار می شود، همانند ملازمه بین القصر والافطار در صلوة مسافر، یا ملازمه بین القصر و خفاء الاذان او الجدران که: اذ اخفی الاذان فقصّر و...

حال اگر ملازمه ای باشد، باید از این نوع باشد، و این نوع هم توسّط آیه یا روایت معتبری، اثبات نشده، حکم عقلی هم که نیست، پس منحصر می شود در اجماع ونفی خلاف و مانند آن.

حال باید دید که چنین دلیلی برملازمه هست یا نه؟ می فرماید: در سایر مقامات [بیوع و اجارات و هبات و... قولی و بالصیغه] چنین ملازمه ای وجود دارد، و اجماع قائم است براینکه: اباحهٔ تصرّف مستلزم ملک است، واحدی از فقهاء قائل به انفکاك ملکیّت از عقد نشده است [مگر شیخ طوسی ره در خصوص بیع خیاری که مورد بحث ما نیست.]

وامّا در مقام بحث [معاطات] وجود چنین اجماع و عدم القول بالانفکاك ثابت نیست. در نتیجه: آیهٔ بیع و تجارت، هریک از بیع قولی و فعلی را شامل است، و در هرکدام حداکثر براباحه و حلیّت جمیع تصرفات، دلالت می کند، و اثبات ملکیّت از این طریق، منوط به اثبات ملازمهٔ شرعیه بین اباحه و ملک است، آنهم در بیع قولی ثابت شد، ولی در بیع فعلی یعنی معاطات، ثابت نشد. پس استدلال به آیتین برای حصول ملک در ما نحن فیه، ناتمام است.

قوله: حیث اطلق:

شاهد عدم وجود ملازمهٔ شرعیه، و نبود اجماع برآن، اطلاق کلام مشهور است که از طرفی به اطلاق کلام کلیّهٔ تصرفات را در مال مأخوذ بالمعاطات، تجویز می کنند، و از طرفی تصریح به عدم ملک دارند و اگر بین اباحه و ملک،

ملازمه بود، چنین اطلاقی مورد نداشت.

قوله: وصرّح فی المسالك:

این جمله هم مؤیّد شیخ اعظم است که شهید هم همین اطلاق را فهمیده و فرموده: هرکس معاطات را اجازه کرده، کلیّهٔ تصرفات را [حتی المتوقفة علی الملک] تجویز نموده است. (۱)

قوله: غایة الامر:

همانطور که کراراً بیان شد، تصرفات دوگونه است:

۱ـ تصرفی که متوقف برملک نیست.

۲ـ تصرفی که متوقف برملک است.

حال نسبت به بخش اوّل که پرواضح است که از اباحهٔ آنها به ملکیّت دست نمی یابیم و نسبت به بخش دوّم هم می گوئیم: اگرچه اطلاق کلام مشهور، اباحهٔ این نوع از تصرّفات را هم شامل است، و می گویند: با معاطات اینها نیز جایز می شود، و اینها هم بدون ملکیّت جایز نمی باشند، ولی باز نتیجهٔ تجویز این تصرفات، ثبوت الملک من اوّل الامر، نیست. بلکه دو احتمال وجود دارد:

۱ـ در اینگونه موارد به ملکیّت از اوّل امر، ملتزم شویم.

۲ـ در اینها به ملکیّت آناًمّا قبل از تصرّف ملتزم شویم، و بگوئیم: به نفس معاطات ملکیت نیامد و تنها اباحهٔ تصرف آمد، و با تصرّف ملکیّت می آید، و چون اینهم محتمل است، می گوئیم: اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال، و نه تنها احتمال ثانی هم وجود دارد بلکه مقتضای جمع بین ادّله همین را ایجاب می کند:

زیرا از طرفی استصحاب عدم ملک می گوید معاطات مفید ملک نیست.

از طرفی هم اجماعی برملکیت پیدا نشد.

از طرفی هم طبق اطلاق کلام مشهور، با معاطات همهٔ تصرفات جایز می شود.

---

(۱) مسالک الافهام، ج۳، ص۱۴۹.

از طرفی هم برخی تصرفات، از قبیل بیع و عتق و ... ، متوقّف برملک است و بدون آن حاصل نمی شود. حال جمع بین این مجموعه همان ملکیّت آناًمّا قبل التصرّف است نه ملکیّت از اوّلِ معاطات، که مقصود ما بود.

پس آیتین مطلوب ما را اثبات نمی کنند.

قوله: وامّا ثبوت السیرة:

مناقشهٔ دلیل اوّل یا سیره: [از این مناقشه پیدا است که مرحوم شیخ سیره را سیرهٔ متشرّعه و مسلمین گرفته اند.] می فرمایند:

ما خیلی به این سیره ها اعتناء نداریم، زیرا مسلمین در امر دین سهل انگاری زیاد دارند و نوع این سیره ها از کمیِ مبالات و اهتمام و احتیاط و اعتناء به امر دین سرچشمه می گیرد و در کلیّهٔ شؤونِ زندگیِ مسلمین هم جاری و ساری است، در عبادات آنها و معاملات آنان و امور سیاسی و اجتماعیِ آنان، عملکردهای فراوانی دارند که اگر تعقیب شود به یک پایه و اساسِ محکمی ختم نمی شود، بلکه ای چه بسا به یک طاغوتی ـ مُبدعی ـ رئیس قبیله ای و ... منتهی می شود، نه به شارع مقدّس [نمونه هایی از این سیره ها در اصول فقه جزء سوّم باب هفتم، بیان شده است.]

[قوله: علی التوریث:

دو احتمال دارد:

۱ـ منظور از توریث، به ارث گذاشتن مالِ مأخوذ بالمعاطات باشد، در این صورت ذکر توریث از باب مثال خواهد بود، و منحصر به آن نیست، زیرا قبلاً در استدلال به سیره فرمودند: بالعتق والبیع والوطی والایصاء وتوریثه و ...

۲ـ منظور، توریثِ خود سیره باشد یعنی هرنسلی سنّت و سیرهٔ معاطاتی را برای نسل بعدی به ارثَ گذاشته است، و در طول تاریخ با مال معاطاتی، به نوع ملک طلق معامله شده است و ظاهراً این احتمال اقوی است و وجهی ندارد.

توریث را از باب مثال بدانیم.]

پس در باب سیره صغری را قبول داریم که چنین سیره ای هست، ولی کبری را قبول نداریم که: کشف از رأی معصوم و رضای او به این سیره باشد، و ارزش سیره در گرو همین کشف است. وگرنه اعتباری ندارد.

[البته نوع محشّین و مقرّرین، در اینجا با مرحوم شیخ مخالفت کرده اند، و حاصل مطلب آنست که:

اوّلاً حق اینست که: سیرهٔ مذکور یک سیره عقلائیّه است که از آغاز تمدّن بشری وجود داشته و در عصر شارع هم امتداد داشته و ... ، ردعی هم صورت نگرفته است. پس صد در صد سیرهٔ مذکور ارزش دارد.

ثانیاً برفرض که سیرهٔ مذکور، یک سیره متشرّعه باشد، می گوئیم: چنین نیست که تنها عوام از مسلمین و کسانی که از الفبای اسلامی خبر ندارند چنان سیره ای داشته باشد بلکه در میان آنان مؤمنین و متّقین و متدینین هم در طول تاریخ چنین بوده اند، و بلکه فقهای عظام هم با کثرت ورع و احتیاط در امر دین این سیره را داشته و دارند و چنین سیره ای ارزشمند خواهد بود.

و در واقع می توان به اجماع عملیِ فقهاء تمسّک کرد. و بقول محقّق ایروانی: مع انّ هذه السیرة بهذه العظمة لو کانت فاسدة فعلی السیرة السلام[(۱)]]

[**قوله: ودعوی:**

این فراز در واقع اشکالی به مرحوم شیخ و دفاعی از استدلال به آیتین است. و بجا بود قبل از مناقشه در سیره، ذکر شود.]

مستشکل می گوید: تصرّفات دو دسته است:

۱ـ متوقفه برملک

۲ـ غیر متوقفه،

---

(۱) الحاشیة علی المکاسب، ص۷۸.

حال مشهور که طرفدار اباحهٔ تصرّف هستند، و معاطات را مفید اباحه می دانند، کدام نوع را تجویز می کنند؟ قدر متیقن، همان بخش اوّل است.

و امّا بخش دوّم، باید از اطلاق کلام آنها استفاده شود، که آنهم ناتمام است، زیرا که اطلاق در گرو مقدماتِ حکمت است، و یکی از مقدمات اینست که مشهور از این جهت در مقام بیان باشَند، ولی شاید از حیث اصلِ اباحهٔ تصرّف بالمعاطاة در مقام بیان بوده اند نه از حیث جمیعِ تصرفات.

پس حکم تصرفات بخش دوّم، از اطلاق کلام بدست نیامد. مضافاً به اینکه مرحوم شهید اوّل درحاشیه برقواعد تصریح کرده به اینکه: مالی را که از طریق معاطات بدست می آوریم نتوان آن را بابتِ خمس یا زکات پرداخت و نتوان آن را ثمن و بهای قربانی در حج، قرار داد. و نیز با جاریه ای که با معاطات اخذ شده، نتوان مباشرت نمود.(۱)

و شیخ طوسی هم در هدیهٔ معاطاتی به خصوص مثال اخیر [عدم وطی جاریه] تصریح کرده است(۲) پس عدّه ای به صراحت فرموده اند: با معاطات تصرفات متوقفه برملک تجویز نمی شود و تنها تصرف غیر ملکی جایزمی شود، در نتیجه، تصرفات ملکی مسکوتٌ عنها است و برای اثبات جوازِ اینها به عموم آیتین برگشته و می گوئیم:

معاطعات بیع است، و به عموم آیتین همهٔ تصرفات مترتبه برملک، تجویز شده است، حتی آنها که متوقف برملک هستند، تجویز شده اند، و از این راه به ملکیّت می رسیم و ثابت می کنیم که معاطات مفید ملک است.

قوله: مدفوعة:

حاصل فرمایش مرحوم شیخ اینست که: این بیان مصادره به مطلوب و یا

---

(۱)حاشیهٔ مذکور در اختیار ما نیست ولی مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۸، نفل کرده.
(۲)المبسوط، ج۳، ص۳۱۴.

عود علی بدء است، یعنی تازه به اوّل کلام برگشتیم، و قبول کردیم که به عموم آیه، کلیّهٔ تصرفات جایز و مباح می شود، امّا اثبات ملکیّت از کجا؟ راهی نیست مگر همان ملازمهٔ شرعیه که آنهم تکلیفش روشن شد.

در نتیجه فقیه می تواند به حکم عموم دو آیه به اباحهٔ کلّیهٔ تصرفات، ملتزم شود، از طرفی هم نتیجه اش حصول الملک از اوّلِ امر نباشد بلکه حصول الملک آناًمّا قبل التصرّف باشد.

قول: فالاولی:

مدّعا این بود که: معاطات مفیدِ ملکیّت است، و متعاطیین به نفس تعاطی و اعطاء و اخذ، مال مأخوذ را مالکَ می شوند، و در رابطه با این مدّعا سه گام برداشته شده است:

گام اوّل: در این مرحله به آیتین و سیره استدلال شد و مبسوطاً از قابلیّت دلالت آنها برمطلوب، حمایت شد.

گام دوّم: با جملهٔ اللّهم الاّ ان یقال، قدم بعدی برداشته شد و قابلیّت دلالتِ تمام این ادلّه مورد مناقشه قرار گرفت.

گام سوّم: و اینک وقت آن رسیده که آخرین قدم را برداریم، و آن اینکه: مدّعا همان است ولی بهتر است برای اثبات آن به سه دلیل دیگر استدلال کنیم.

۱ ـ **تبادر عرفی:** هنگامی که: شما خطاب اَحلَّ الله البیع را به عرف عام عرضه کنید، فهم عرفی اینست که شارع مقدّس از این کلام صحت بیع را اراده کرده است.

بیان ذلک: گاهی حلیّت و حرمت به فعلی از افعال اختیاریّه ما که در خارج واقعاً محقّق می شوند و ما بازاء دارند، تعلّق میَ گیرد.

مثلاً می گوید: اکل میته حرام است، شرب خمرحرام است، الماء حلال و... در اینگونه موارد، همان حلیّت یا حرمت تکلیفی متبادر است.

و گاهی حلیّت یا حرمت به یک امر اعتباری که فقط در عالم اعتبار تحقّق می یابد تعلّق می گیرد مثل ما نحن فیه که حلیّت به بیع بار شده و فرموده: احلّ اللّه البیع، در اینجا طبعاً منظور حلیّت تکلیفی نیست، چون کسی توهّم حرمت نفس دادوستدِ بیعی را نکرده که شارع دفع توهم کند، بلکه منظور حلیّت وضعی و صحت و ترتّب اثر مقصود است که مساوی با ملکیّت است. پس آیه بالمطابقه دالّ برصحّت و ملکیّت است. نه بالملازمه [این همان مطلبی است که سابقاً در قدم اوّل و در استدلال به آیه آن را ردّ کرده و فرمودند: لکنّه محلّ تأملٍ، ولی در اینجا خود مضطربه قبول آن گردیده اند.]

۲ ـ قوله: مع امکان: دلیل دوّم در واقع اجماع مرکّب است:

آنها که معاطات را صحیح و مؤثر در اثر مقصود یعنی ملکیت نمی دانند، همه جا و در هر معاطاتی [بیع ـ اجاره ـ هبه ـ صلح و ...] این نظر را دارند و تفصیل را نفی می کنند.

و آنها که معاطات را صحیح و ملک آور می دانند نیز در همهٔ اقسام معاطات این رأی را دارند و قول ثالث یا تفصیل را نفی می کنند و آنها که معاطاة را صحیح و ملک آور می دانند نیروی همه اقسام معاطاة این رأی را دارند و قول ثالث یا تفصیل را نفی می کنند.

حال از برخی از اطلاقات اخبار استفاده می شود، که: معاطات در باب هبه و اجاره و صلح و مانند آن، صحیح یعنی موجب ملکیّت است. و چون کسی قائل به فصل نشده و قولین مشترکاً این را ردّ می کنند، می گوئیم: به ضمیمهٔ اجماع مرکب، ثابت می شود که پس بیع معاطاتی هم صحیح و مفید ملکیّت است.

[منظور مرحوم شیخ از اطلاقات صحتِ معاطات در هبه و اجاره و مانند آن روایات ذیل و امثال آنست:

صحیحةُ علی بن یقطین، قال: سئلت ابا الحسن علیه السلام عن الرجل یتکاری من

الرجل البیت او السفینة سنة او أکثر من ذلک او اقل، قال ﷺ: الکراء لازم له الی الوقت الذی تکاری الیه و الخیار فی اخذ الکراء الی ربّها ان شاء اخذ و ان شاء ترک[۱]

مفاد این حدیث صحّت و لزوم اجاره است و اطلاقِ آن یعنی عدم استفصال امام ﷺ در جواب، معاطات را هم شامل است. صحیحة حفص البختری عن ابیعدالله ﷺ، قال: الصلح جایز بین المسلمین[۲] باز به اطلاقش هم صلح قولی را شامل است و هم فعلی را.

صحیحة محمد بن مسلم، قال ابوجعفر ﷺ ... ولا یرجع فی الصدقة اذا ابتغی وجه الله، وقال: الهبة والنحلة یرجع فیها ان شاء حیزت او لم تحز الاّ لذی رحم فانّه لا یرجع فیه[۳] این حدیث هم به اطلاقش صدقه وهبهٔ معاطاتی را شامل است.]

۳ ـ قوله: مع انّ:

در این بیان که تنها به گوشه ای از آن اشاره شده، در حقیقت

مرحوم شیخ به اصل استدلال به آیتین برگشته، و آن را می پذیرند، و اشکالاتی را که قبلاً با اللّهم الاّ ان یقال و سپس در دفع دعوی انّه لم یعلم... داشتند، دفع می کنند.

بیان ذلک: بی تردید معاطات از مصادیق عرفیِ بیع است، و به حکم دو آیهٔ بیع و تجارت کلیهٔ تصرفاتی که بربیع مترتّب می شود [چه آنها که متوقف برملکِ نیست و چه آنها که متوقف است.] حلال و مشروع است، و ظاهر آیتین هم اینست که: این تصرّفات از حین بیع، مباح شده است، پس بالملازمه برثبوتِ

---

(۱)وسائل الشیعة، ج۱۳، ص۲۴۹، باب هفتم از ابواب اجاره حدیث اوّل.
(۲)وسائل الشیعة، ج۱۳، ص۱۶۴، باب سوّم از احکام صلح حدیث اوّل.
(۳)وسائل الشیعة، ج۱۳، ص۳۳۴، باب سوّم از احکام هبه، حدیث/۲.

ملکیّت [آنهم از اوّلِ امر] دلالت می کنند.

اشکالی که قبلاً داشتیم، درثبوت ملازمهٔ شرعیّه بود... از این اشکال در ودعوی انه لم یعلم... جواب داده شد که نیازی به اجماع و عدم القول بالانفکاك نیست، بلکه از خود عموم آیتین این معنی را اثبات می کنیم، و لازمهٔ اباحهٔ تصرّفات به حکم آیتین همین است.

مرحوم شیخ در دفع این سخن فرمودند: اباحهٔ جمیع تصرّفات به حکم دو آیه، دلیل برملکیّت از اوّل امر و از حین معاطات نیست، بلکه ما به ملکیّت آناًمّا قبل التصرّف ملتزم می شویم...

حال در این بیان سوّم، می فرمایند: این التزام را قبول نداریم و به حال متفقّهین [کسانی که فقه را به خود بسته و ادّعای فقاهت دارند، و حقیقتاً فقیه نیستند.] هم شایسته نیست، تا چه رسد به فقهاء عظام [که حقیقتاً فقیه و کارکشتهٔ فن هستند.]

[و سرّ مطلب آنست که: التزام به ملکیّت از حین تصرّف، برای حلّ مشکلِ تصرفات وابسته به ملکیّت، مستلزم دور است. زیرا از طرفی علی الفرض این گونه تصرّفات، متوقف برملک است، و از طرفی هم ملکیت از حین تصرف می آید، یعنی ملک هم متوقّف برتصرّف است. و این دور صریح است.] پس با معاطات کلیه تصرفات [حتی المتوقفة علی الملک] مباح می شود، و تصرفات کذائی هم بدون ملک نمی شود، و ملکیّت آناًمّا هم که ردّ شد، به ناچار به ملکیّت از اوّلِ امر قائل می شویم، وهو المطلوب.

قوله: ولذا:

شاهد براینکه: التزام به ملکیّت آناًما بعید می باشد، سخنی از مرحوم کاشف الغطاء در شرح قواعد است: ایشان در مقام استبعادِ این مطلب فرموه اند: اینکه ما از طرفی بگوئیم: مقصود متعاطیین تملیک و تملّک است، و از طرفی امر این

تملیک از اوّل امر حاصل نمی شود، بلکه مجرّد اباحهٔ تصرّف ثابت می شود، آنهم اباحهٔ کلیّهٔ تصرّفات، [و از طرفی هم مثل مشهور بگوئیم: با احد الامرین ملکیّت حاصل می شود:

۱ـ یا به وسیلهٔ تصرّف احدهما او کلاهما در ما وَصَل الیه.

۲ـ و یا به وسیلهٔ تلف یکی از آندو. که حاصل این امور، التزام به ملکیّت آناًمّائی است.] این مطلب مستلزم تأسیس قواعد جدیده [و فقه جدید و نادیده گرفتن یک سلسله قواعد مسلّم و مجمع علیها است.] و التزام به این قواعد جدیده آسان نیست. [پس ناگزیر باید قائل به ملکیّت من اوّلِ الامر شویم.]

قوله: منها:

مجموع قواعد جدیده ای که ایشان آورده اند هشت مطلب است.

مطلب اول: ازجملهٔ قواعد مجمع علیها آنست که: العقود تابعة للقصود اثباتاً ونفیاً، یعنی هرعقدی تابعِ قصد متعاقدین است از حیث اثبات [که ما قَصَدَه المتعاقدان وقع] و از حیث سلب [که ما لم یقصده الطرفان لم یقع] آنگاه اگر معاطات از اوّل امر ملک آور باشد، قاعدهٔ فوق لطمه نمی خورد، ، زیرا که قصد متعاطیین تملیک و بیع بوده، برعقد یا معاملهٔ مذکور هم، همین اثرِ مقصود مترتّب شده است، فالعقود تابعة للقصود. وما قُصد وقع.

ولی اگر معاطات مفید اباحهٔ تصرف باشد نه ملکیّت، لازمه اش آنست که: قاعدهٔ مذکور نقض شود، زیرا که قصد طرفین که ملک بود واقع نشد [فما قُصِدَ لم یقع] و اباحه که مقصد و مقصود نبود واقع شد، [وما وقع لم یقصد.] و این مستلزم آنست که: عقود تابع قصود نباشد، و چنین چیزی فقه جدید و قاعدهٔ تازه ای خواهد بود که مخالف اجماع است و قابل التزام نیست. [منظور از و ما قام مقامها، شاید اشارة الاخرس و... باشد که خواهد آمد، و شاید معاملهٔ فعلی و معاطات باشد که قائم مقام عقد است، و مورد بحث ما است. و شاید هم

هر دو مراد باشد.]

قوله: ومنها:

مطلب دوّم: اگر معاطات از ابتداء امر مفید ملکیت باشد هیچ محذوری پیش نخواهد آمد، زیرا متعاطیین به نفس تعاطی مالک می شوند و به حکم الناس مسلطون علی اموالهم، حق دارند نسبت به مال خود تصمیم برتصرف بگیرند، یا حتی عملاً در خارج تصرف کنند و...

ولی اگر معاطات تنها مفید اباحهٔ تصرف باشد، و بعدها در اثر تصرف و مانند آن، ملکیت بیاید؛ لازمه اش آنست که: ارادهٔ تصرّف در ملک غیر، یا اراده به ضمیمهٔ تصرف خارجی در ملک غیر، مُملِکّ باشد، یعنی هرکدام از متعاطیین مالی را که از دیگری اخذ کرده به ملک معطی باقی است و معذلک تا تصمیم گرفت درمال مأخوذ تصرف کند و یا تصرف هم کرد، آناًمّا قبل از آن، یا همزمان با آن و از حین تصرّف مال دیگری ملک متصرِّف شود، اگرچه اذنی از سوی مالک هم نداشته باشد و رضای او هم به این تصرفات محرز نباشد، معذلک به نفس تصرّف مالک بشود. البته چنین چیزی قاعدهٔ جدیدی خواهد بود که شخص بدون احراز رضایت مالکِ اصلی، به مجرّد ارادهٔ تصرف در مال دیگری، مالک آن مال هم بشود!!

اگر بفرمائید: از کجا که مالک اصلی به این تصرف راضی نباشد؟ خواهیم گفت: از اینجا که مالک اصلی به عقیدهٔ خودش همان روز اوّل که معاطات کرد و مالش را به طرف داد تمام علقه های ملکی و سلطنتیِ خود را از آن مال، قطع کرد، و به نظر خودش وی براین مال سلطنتی ندارد، و در آن لحظه غیر از تملیک به غیر چیزی مدّنظر نبوده و تصرّفات بعدی [مثلاً ده روز دیگر آخذ آن مال راخواهد فروخت و... اصلاً به ذهنش خطور نکرد تا راضی بدانها باشد یا نه. و علی الفرض شما می گوئید: ملک از اوّل نیامده و از حین تصرّف آمد، یعنی ارادهٔ

تصرف منفرداً و به تنهائی یا با ضمیمهٔ خود تصرّف منضماً و مرکّباً، سبب تامّ ملکیّت شد، و این قاعدهٔ جدیدی است، و تا به حال نشنیده ایم که شخص با ارادهٔ تصرف در ملک غیر، مالک ملکِ غیر شود.

[**قوله: فیملك العین اوالمنفعة:**

شاید اوّلی مربوط به معاطات در بیع باشد و دوّمی مربوط به معاطات در اجاره.]

قوله: بخلاف:

دو باب دیگر هم داریم که برخلاف ما نحن فیه هستند ونتوان ما نحن فیه را به آنها قیاس کرد:

۱ـ زید به بکر می گوید: اعتق عبدك عنّی، یعنی عبد خودت را از جانب من آزاد کن، که عبد ازملک بکر خارج شود ولی عتق برای زید واقع شود این استعتاق است و بکر هم می پذیرد ولی به صرف این مرحله، علقهٔ ملکیت میان مولی و عبد منقطع نمی شود، بلکه با توجه به اینکه: لا عتق الاّ فی ملک، می گوئیم: منظور زید اینست که: شما وکیل من هستید [اذن در توکیل] در اینکه اوّل عبد خود را به من تملیک نمائید، سپس وکیل هستید که آن را از ناحیهٔ من و برای من آزاد نمائید. اعتق عبدك عنی ای ملکّنی عبدك ثم انت وکیلی فی عتقه عنّی یا اَعْتِقْه عنّی.

۲ـ علی به حسن می گوید: تصدّق بما لی عنک [شاید بما لک عنّی باشد و این انسب است، ولی هر دو را توضیح می دهیم.] یعنی مال مرا از جانب خودت، یا مال خودت را از ناحیهٔ من صدقه بده، طرف هم قبول می کند، و از طرفی هم لا صدقة الاّ فی ملک، و تا ملک، من نباشد صدقه هم برای من واقع نمی شود، پس منظور اینست که: مَلَکّ مالی ایاكّ ثم تصدّقه عن نفسک، یا ملکّنی ایّاه ثم تصدق به عنّی، که اذن در تملیک و تصدق است.

حال در این دو نمونه و امثال آن، به عقیدهٔ خود طرفین هم عُلقهٔ ملکیت از اوّل منقطع نشده و بعد از تملیک و عتق یا تصدّق، منقطع می شود، برخلاف ما نحن فیه که به مجرّد تعاطی به عقیدهٔ طرفین ملکیّت قطع شده است.

قوله: ومنها:

مطلب سوّم: در فقه موارد مختلفی داریم و احکام فراوانی که به ما فی الید تعلّق می گیرند، و آنها عبارتند از:

۱ـ خمس: خمس به ما فی الید تعلّق می گیرد، پس اگر دو نفر به معاطات معامله ای کردند مثلاً یکی دیناری داد و ازدیگری پارچه ای گرفت، و آن پارچه ترقّی کرد و ارزش آن بیشتر شد و دارای پنج درهم شد، و با شرائط باب خمس، یکسال برآن گذشت، الآن مقدار چهار درهم زیادی از باب ارباحِ مکاسب خمس دارد، با اینکه مالِ مأخوذ به معاطات است ولی فرموده اند: الخمس یتعلّق بما فی الید، وهذا المال هم فی الید است. پس خمس دارد.

۲ـ زکات: اگر شخصی به معاطات مقداری دینار یا درهم در حدّ نصابِ زکات به دیگری داد و یک سال هم گذشت و تصرّفی در آن انجام نشد الان باید آخذِ زکات این نقدینِ مأخوذ به معاطات را بپردازد، چون زکات هم تتعلّق بما فی الید.

۳ـ استطاعت: اگرشخصی به هبهٔ معاطاتی مبلغی را [که آخذ بتواند با آن حجّ برود و برگردد] به دیگری داد، الان چنین شخصی مستطیع است و باید حج برود، لانّ الاستطاعة تتعلّق بما فی الید ولو معاطاتاً اخذ شده باشد.

۴ـ دیون: زید به بکر مبلغی بدهکار است.

حال اگر چیزی ندارد باید مهلت داد، فنظرة إلی میسرة ولی اگر مبلغی در حدّ دین یا کمتر یا بیشتر، مال مأخوذ به معاطات در اختیار او است، باید دین خود را اداء کند لانّ اداء الدین یتعلّق بما فی الید، و جای امهال و استمهال نیست.

۵ـ نفقات: برهر شخصی در شرائطی نفقهٔ زوجه، اولاد، والدین واجب است. البته اگر متمکّن باشد، حال شخصی هیچ مالی ندارد ولی مقداری مال مأخوذ به معاطات دارد باز باید از همان مال نفقه را بدهد. لانّ النفقة تتعلّق بما فی الید.

۶ـ حقّ المقاصّه: شخصی بدیگری مدیون است و جحد و انکار می نماید، و مال دیگری هم ندارد که طلبکار به اذن حاکم شرعی آن را تقاصّ کند، تنها مقداری مال مأخوذ بالمعاطاة در اختیار او است در اینجا هم دائن حق تقاص از همان مال دارد، لانّ حق المقاصّه تتعلّق بما فی الید. [بعض نسخه ها حقّ المقاسمه دارد که منظور اینست: اذا باع احد الشریکین حصّته من شخص آخر بالبیع المعاطاتی جاز للمشتری ان یطالب المقاسمة من الشریک الآخر.]

۷ـ حق الشفعه: دو نفر با یکدیگر در زمینی به طور مشاع سهیم و شریکند، احدهما حصّهٔ مشاعِ خود را به شخص ثالث به بیع معاطاتی منتقل کرد، باز شریک دیگر حقّ دارد اخذ به شفعه نموده، و حصّهٔ مبیعه را به ملک خود برگرداند، لانّ حق الشفعة یتعلّق بما فی الید.

۸ـ مواریث: شخصی از دنیا می رود و اموال زیادی را که به معاطات از دیگران اخذ کرده به ارث می گذارد، باز میراث به این اموال تعلّق می گیرد، و ورثه حق دارند آن را میان خود تقسیم کنند و به ارث ببرند، لانّ الارث یتعلّق بما فی الید.

۹ـ ربا: دو کس به نحو معاطات همجنس به همجنس را مبادله کردند، مثلاً یکی ده من گندم داد و دیگری در مقابل یازده من، در اینجا هم ربا حرام است و معاملهٔ مذکور، ربوی و باطل است. لانّ الربا یتعلّق بما فی الید.

۱۰ـ وصایا: شخص حق دارد، مالی را که از طریق معاطات بدست آورده به دیگری وصیت کند، لانّ الایصاء یتعلّق بما فی الید.

۱۱ـ فقر و غنا: اگر شخصی به اندازهٔ مخارج یکسال خود را دارد، و تمام آن

را یکجا به معاطات بدیگری که تهیدست بود داد. الان آنکه مُعطی بود تهیدست شده و می تواند از زکات تأمین شود و آنکه آخذ بود غنی شده و حق ندارد از زکات استفاده کند، لانّ الفقر والغنی تتعلق بما فی الید.

حال در تمام این موارد و امثالِ آن، اگر معاطات را مفید ملکیّت بدانیم، هیچ محذوری پیش نمی آید و تعلق خمسِ وزکات و ... تماماً علی القاعده است.

ولی اگر معاطات را مفید اباحهٔ تصرّف بدانیم، و معذلک مال مأخوذ، دارای خُمس و زکات و ... باشد لازمه اش آنست که: احکام و آثار ملک را برغیر ملک مترّتب کنیم، و این خلاف قواعد مسلّمه است.

قوله: مع العلم:

اینکه خمس و زکات و ... بما فی الید تعلّق می گیرند، مطلقاً و در جمیع صور نیست، بلکه در بعض صور است.

بیان ذلک: بطور کلی سه صورت متصوّر است:

۱ـ کسی که مال مأخوذ، در ید و سلطهٔ او است یقین دارد که طرف مقابلش هم در مالی که به معاطات به دست او رسیده [ولی علی الفرض خمسی و زکاتی و ... نیست] هیچ دخل و تصرفی انجام نداده و کما کان به حال خود باقی است.

۲ـ آخذِ مال مذکور، شک دارد و نمی داند که رفیق او در مالش تصرف کرده یا نه؟ که در فَرض عدم العلم از اصل عدم تصرف استفاده می کند.

۳ـ آخذ و مَن فی یده المال المأخوذ، یقین دارد که طرف دیگر در ما وَصَل الیه تصرف کرده است. حال اینکه گفتیم: یلزم ترتیب آثار الملک علی ما لیس بملک برفرض اوّل و دوّم بود، ولی در صورت سوّم با تصرّفِ طرف مقابل، این مال مأخوذ هم ملک شخصی شده و خمس و زکات و ... همه برملک مترتب شده و محذوری نخواهد داشت.

قوله: ومنها:

مطلب چهارم: اگر معاطات از اوّل امر مفید ملک باشد، محذوری پیش نمی آید. ولی اگر از آغاز مفید اباحهٔ تصرف باشد، و بعدها با تصرف آخذ در مال مأخوذ، ملکیّت آناًمّائی حاصل شود، مضافاً به آنچه در مطلب دوّم گفتیم [که ارادهٔ تصرف یا خود تصرّف در ملک غیر، موجب مالک شدن متصرّف شود، قاعدهٔ جدیدی است ...] اشکال دیگری هم دارد و آن اینکه: تصرّف یکطرف در مالی که از دیگری در دست او است، موجب می شود که طرف دیگر هم مالی را که اخذ کرده مالک شود و در واقع تصرّف زید، مملّک و سبب ملک برای بکر باشد، که این نیز قاعدهٔ جدیدی است و تازه می شنویم که تصرّف احدهما مملّک طرف دیگر باشد!!

قوله: ومنها:

مطلب پنجم: این مطلب در واقع برچهار امر مشتمل است:

۱ ـ زید و بکر مالشان را به معاطات به یکدیگر دادند، پس از مدّتی یکی از آندو [مثلاً مالی که دست زید بود] تلف شد. در اینجا اگر معاطات را از اوّل مفید ملک بدانیم محذوری پیش نمی آید، ملک زید در دست خودش تلف شده، کسی هم ضامن نیست. ولی اگر معاطات را مفید اباحهٔ تصرّف بدانیم [کما هو المشهور] اگر تلف مال عمداً صورت گرفته [مثلاً نانی که زید گرفته بود خورد و اتلاف کرد] این در واقع به همان تصرف احدهما در مال معاطاتی، برمی گردد. و حکم و نقش تصرّف را درمطلب دوّم و چهارم بیان کردیم. و امّا اگر تلف سماوی و قهری باشد [مثلاً حیوانی را به معاطات گرفته بود و در دست او اجلش فرا رسید ومرد که این مُردن به دست زید نبوده]

در این فرض مشهور می گویند: تلف مال در دست زید موجب می شود که مالی که دست بکر بوده ملک او بشود. و این قاعدهٔ جدیده است که: تلف قهری مال بکر در دست زید، موجب مالکیت بکر نسبت به مال زید شود، و ما دلیلی

نداریم که تلفِ کذائی در اسلام یکی از مملکّات باشد.

۲ـ زید و بکر مالی را به معاطات معامله کردند، پس از مدّتی هر دو تلف شد، در اینجا هم اگر تلف قهری بوده که ثمره ای ندارد [چه معاطات را از اوّل مفیدِ ملک بدانیم و چه از هنگام تلف.] ولی اگر تلفِ مالین به تفریطِ طرفین صورتَ گرفته یعنی کوتاهی کردند، و رسیدگی و حفاظَت نکردند و مالَ مأخوذ تلف شد، در اینجا اگر معاطات را مفید ملک بدانیم [کما هو المختار] محذوری پیش نمی آید، زیرا هرکسی مال خودش در دست او تلف شده است. ولی اگر معاطات را مفید اباحهٔ تصرف بدانیم [کما هو المشهور] علی القاعده از عقود فاسده خواهد بود، چونکه اثر مقصود یعنی ملکیت برآن مترتّب نشده است؛ و مالین در دست طرفین، مقبوض به عقد فاسد خواهد بود و به حکم علی الید ما اخذت حتی تؤدّی [که مبسوطاً در مقبوض به عقد فاسد خواهد آمد.] هریک از طرفین چون تفریط کرده اند، ضامن هستند، آنهم اگر مال مأخوذ مثلی باشد ضامنِ مثل است، و اگر قیمی باشد ضامنِ قیمت است، و باید قیمتِ امثال این مال را به طرف مقابل بپردازد.

مقتضای قاعده اینست، در حالی که طبق رأی مشهور [که تلف مملکّ است.] باید گفت: با تلف، همین مسمّی [مثلاً یک درهم با یک پارچه که تعاطی شده اند.] معیّن می شود، وطرفین ضامن به مسمّی هستند که آن را هم به دیگری داده اند، و دیگر حقّ ندارند به تفاوت قیمت رجوع کنند.

[در مثال بالا اگر قیمت واقعیِ پارچه مثلاً ده درهم است، معطی و مالک اصلیِ پارچه نباید تفاوت را که نُه درهم است از طرف بگیرد.] و این قاعدهٔ جدیده است که در مقبوض به معاملهٔ فاسده هم مثل معاملهٔ صحیحه، ضمانت به مسمّی باشد نه قیمت واقعی، و قابل قبول نیست.

۳ـ زید و بکر مالی را به نحو معاطاتی داد و ستد کردند، پس از مدّتی غاصبی

آمد و مالی را که مثلاً در دست زید بود، غصب کرد و برآن یَدْ و سلطه پیدا کرد، و یا در دست غاصب تلف شد.

در این فرض اگر بگوئیم: معاطات از اوّل مفید ملکیّت است هیچ محذوری پیش نمی آید زیرا که غاصب مالِ زید را غصب یا تلف کرده و زید حق مطالبه دارد و... و ربطی به بکر ندارد، ولی اگر بگوئیم: معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است کار مشکل می شود.

[زیرا اگر بگوئیم: هیچکدام حق مطالبه ندارند، احدی از فقهاء بدان ملتزم نیست. و اگر بگوئیم: بکر حق مطالبه دارد نه زید، برخلاف سیرهٔ مستمرّه و قصد متعاطیین است] و اگربگوئیم: فقط زید حق مطالبه دارد از دو حال خارج نیست:

الف: یا چون مالک است حق دارد مطالبه کند، این بدان معنی است که غصبِ غاصب یا تلف عند الغاصب، یکی از مملِّکات است. و این قاعدهٔ جدیده است.

ب: و یا مالک هم نیست معذلک حق مطالبه دارد، این نیز قاعده جدیده است، زیرا مطالبه فرع برمالکیّت است و بدون آن حاصل نمی شود، و فرض مذکور مستلزم زیادة الفرع علی الاصل است، و لا یلتزم به احد.

۴ـ زید و بکر مالی را معاطاتاً مبادله کردند، پس از مدتی ناگهان و بدون تفریط مالی که مثلاً در دست زید بود تلف شد، امر اوّل از این چهار امر، راجع به مملکّ بودنِ تلف نسبت به جانب دیگر بود، و این امر رابع، راجع به مملکّ بودن تَلف، نسَبت به خود زید است که مال در دست او تلف شده، و آن اینکه: وضعِ مالِ تالف چه می شود؟ آیا در ملک زید داخل شد؟ یا به ملکِ مالک اصلی یعنی بکر باَقی ماند و از ملک او تلف شد؟ از دو حال خارج نیست.

الف: ملک زید شد و تلف موجب این ملکیت شد، و این سه صورت دارد:

۱ـ قبل از تلف ملک زید شد و سپس تلف شد [ملکیّت آناًمّائی] این امر عجیب است، زیرا ملک مسبَّب از تلف است و تلف سبب و علّت او است، و صورتِ مذکور یا مستلزم تقدّم مسبّب و معلول بر سبب و علّت است، که از محالات می باشد و یا مستلزم حصول مسبّب [ملک] بدون سبب است، که اینهم محال می باشد.

۲ـ همزمان با تلف و در حین تلف، ملک زید می شود، اینهم بعید است. چون مالی که در حال تلف شدن است، قابلیّت تملّک ندارد.

۳ـ پس از تلف شدن، ملک زید می شود، این هم اَبْعَد است، زیرا ملکیّت به امر موجود تعلّق می گیرد نه به امر معدوم.

ب: با تلف هم به ملک زید داخل نمی شود و کما کان به ملک بکر باقی مانده و از ملک او تلف شده، می گوئیم: مالی که از زید نزد بکر است، چه وضعی پیدا می کند؟ از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا تلف مذکور مملّک آن مال به بکر است.

۲ـ و یا با تَلف هم ملکیت برای طرف مقابل حاصل نمی شود.

فرض اوّل مستلزم آنست که بکر مال زید را بلاعوض تملک کند و این بعیداست، زیرا معاوضهٔ یکطرفه و بلاعوض نداریم.

و فرض دوّم هم برخلاف سیرهٔ مستمرّه و بناء متعاطیین است که هردو برملکیّتِ طرفِ مقابل، مستقر شده است.

حالَ تمامَ این محذورات برمبنای مشهور در معاطات [که مفید اباحه می دانند.] پیدا می شود، ولی برمبنای ما [ملکیتِ من اوّل الامر] هیچکدام از اینها محقّق نمی شود.

قوله: و منها:

مطلب ششم: اگر معاطات را مفید ملک بدانیم محذوری لازم نمی آید.

ولی اگر مفید اباحه بدانیم، و مثلِ مَشهور بگوئیم: با تصرّف ملکیّت می آید،

علاوه برمحاذیری که در مطلب دوّم و چهارم بیان شد، محذور دیگری هم دارد، و آن اینکه: مقدّمه: اسباب مملکّه از یک زاویه، دو نوع می باشند:

۱ـ نواقلِ و مملکّاتِ قهریّهَ: مانند موتِ مورِّث که موجبِ نقل ترکه به ورثه می گردد چه بخواهَند و چه نخواهند، با خبر باشَند یا نه، و خلاَصه منوط به نیت نیست.

۲ـ نواقلِ اختیاریّه: مثل بیع، اجاره، هبه و ... که با نیّت و قصد و اراده و اختیار، نقل حاصل می شود، نه بدون آن.

حال می گوئیم: آیا تصرّف از نواقلِ قهریه است؟ یا اختیاریه؟ هرکدام محذوری دارد: اگر از نواقل قهریّه باشد، پس نباید متوقّف برنیّت باشد، یعنی بدون قصد تملیک هم باید بتواند مملکّ باشد، در حالی که این امر بعید است، [زیرا احدی نگفته است که اگر زید از روی نسیان و غفلت به مالِ مأخوذ دست زد، مثلاً سوار مرکب شد، کتاب را مطالعه کرد، عبا را پوشید و ... ولو قصد تملیک هم نداشت، و تا یادش آمد هم فوراً از تصرّف دست برداشت، بازهم مالِ مذکور، ملک او باشد.]

و اگر از نواقل اختیاریه باشد، محذوراتی دارد، از قبیل اینکه:

اگر جاریهٔ معاطاتی را بدونِ نیّتِ ملکیّت وطی کرد، وطی به شبهه باشد.

و اگر برمال مأخوذ به معاطات، بدون قصد مالک شدن، جنایتی وارد کرد، جانی برمال غیر باشد، وارش جنایت را بپردازد.

و اگر مال مذکور را بدون قصد تملیک، اتلاف کرد متلف مال غیر باشد، و مَنْ اَتْلف مال الغیر فهو له ضامن، و احدی از فقهاء به این لوازم ملتزم نیست.

پس قول به اباحهٔ تصرف این محاذیر را دارد و اللازم باطل فالملزوم مثله.

قوله: ومنها:

مطلب هفتم: احیاناً نمائی که در مال معاطاتی پدید می آید [مثلاً گوسفند

چاق می‌شود که نماء متصل است یا شیر و پشم و برّه پیدا می کند که نماء منفصل است، یا درخت رشد و نموّ می کند که نماء متصل است، و یا میوه می دهد که منفصل است] این نمائات از آن کیست؟

برمبنای ما که معاطات را مفید ملک می دانیم، وضع نمائات روشن است، و آن اینکه: هرکس مالکِ عین است، مالک نماء هم هست.

ولی برمبنای مشهور که مفید اباحه می دانند از چند حال خارج نیست، و هرکدام محذوری دارد:

۱ـ یا می گوئیم: حدوث نماء موجب می شود که زید مثلاً، مالکِ آن بشود، ولی مالکِ عین نشود [مگر با تصرف یا تلف که علی الفرض نیامده] این بعید است زیرا نماء فَرع و تابعِ اصل است، و هرکس مالکِ عین بود مالکِ نماءخواهد بود، و معنی ندارد که هنوز عین درملک زید داخل نشده، نماء ملک او شود.

۲ـ و یا حدوث نماء باعث می شود که از این لحظه زید هم مالک نماء و هم مالکِ عین گردد، این نیز بعید است، زیرا حدوث نماء اگر نتواند مملِّکِ خود نماء باشد، به طریق اولی نخواهد توانست مملِّکِ عین و نماء هردو باشد.

مضافاً به اشکال مشترك این دو صورت، و آن اینکه: هردو با ظاهر اکثر فقهاء منافی هستند زیرا که مشهور در معاطات، اسباب مملکّه را در دو امر منحصر کرده اند: تصرّف و تلف، و حدوث نماء جزء هیچکدام نیست. پس از دائرهٔ حصر خارج است.

۳ـ نماء نه ملک زید است و نه بکر، این نیز قطعاً باطل است و لا قائل به.

۴ـ نماء ملک بکر باشد ولی مثل عین، برای زید مباح التصرّف باشد، این نیز بعید است، زیرا همانطوری که قبلاً درمطلب ثانی گفته آمد، شمول الاذن له خفیٌ چون ای چه بسا حین المعاطاة اصلاً نماء به ذهن بکر خطور نکرد تا در آن اذن بدهد یا نه.

۵ـ نماء ملک طلق بکر باشد و برای زید حتّی مباح هم نباشد، باز بعید است. پس هر طوری فرض شود محذور دارد و تماماً مربوط به قول به اباحه است.

و علی الملک مشکلی پیش نمی‌آید، زیرا هرکس مالک عین بود مالک نماء نیز خواهد بود.

قوله: ومنها:

مطلب هشتم: مقدّمه: عواملِ مُملِکّه در معاطات یکی از سه امر است :

۱ـ خود معاطات

۲ـ تصرّف در مالِ مأخوذ

۳ـ تلف مالِ مأخوذ.

حال اگر در قدم اوّل خود معاطات را مفید ملک دانستیم، هیچ محذوری پیش نمی‌آید، در قدم دوم اگر معاطات را موجبِ اباحهٔ تصرّف دانستیم، ناگزیر باید تصرّف را یگانه عاملِ تملیک و تملّک بدانیم، و بگوئیم: تملیک مالِ معاطاتی منحصراً در گروِ تصرّف است، به این دلیل که: «الاذن فی الشیئ اذنٌ فی ما یتوقف علیه» یعنی اذن در تصرّف [آنهم علی الفرض مطلق تصرّفات، منظور است] اذن در تملیک هم هست. آنگاه شخصی که در مال معاطاتی تصرف می کند با همین تصرّف، آن مال را به خود تملیک می نماید.

و این مستلزم اجتماع ایجاب و قبول در شیئ واحد است، و مستلزم آنست که: شخص واحد هم موجب باشد و هم قابل [موجبٌ من حیث انه یملّک نفسه من قِبَلِ صاحبه و قابلٌ من حیث انه یقبل التملیک لنفسه فیلزم اتّحاد الموجب والقابلِ وهو غیر صحیح.] و شخص واحد هم مملِکّ باشد و هم متملّک، و اتحاد این دو نشاید.

مضافاً به اینکه پیش از هر نوع تصرفی، قبضِ مالِ معاطاتی قرار دارد، و تمام این مطالبی که در رابطه با تصرف عنوان شد، در ارتباط با قبض هم قابل طرح

است، زیرا مناط واحد است، و آن اینکه: قبض هم نوعی تصرف است، «والاذن فی الشیئ اذنٌ فی لوازمه و ملزوماته وملازماته» و بلکه قبض از تصرفات بعدی اولویّت دارد که مملّک باشد، زیرا مقرون به معاطات با قصد تملیک است «والاقرب یمنع الابعد» پس باید بتواند با نفس قبض تملیک کند، باز اتحادِ موجب و قابل لازم می آید. در حالیکه احدی از مشهور قبض را مملِّک ندانسته اند، پس تصرّف را هم نباید مملّک بدانند، اینهم قاعدهٔ هشتمی که مرحوم کاشف بیان کرد، تا اینجا سخنان کاشف الغطاء تمام شد.(۱)

قوله: والمقصود:

مرحوم شیخ می فرماید: هدفِ کاشف الغطاء از طرح وجوه مذکور صرفاً استبعاد و استغراب و استعجاب [بعید و غریب و عجیب شمردن] نظریّهٔ مشهور [و قول به اباحه] است، وگرنه وجوه مذکور هرگز نمی تواند در مقابل اصول [استصحاب بقاء ملک]و عمومات [ادلّة البیع و الهبة والاجارة و ... که بعداً در نتیجه گیری خواهند فرمود.] قیام کرده و آنها را از صحنه خارج کند، زیرا که هیچکدام از وجوه مذکور در حقیقت موجبِ تأسیس قواعد جدیده ای [برخلاف اصول و قواعدِ معمولیِ و متداول در میان فقهاء.] نیست، تا قابل قبول نباشد، و اینک یکایک وجوه مذکور را جواب داده و نتیجه می گیریم که التزام به وجوه مذکور، مشکلی را درپی ندارد:

قوله: امّا حکایة

مطلب اوّل این بود که: اگر معاطات مفید اباحهٔ تصرّف باشد لازم می آید: عقود تابعِ قصود نباشد، واللازم باطل فالملزوم مثله.

جواب ما: از این مطلب دو جواب می دهیم:

---

(۱) شرح قواعد خطّی فعلاً در اختیار ما نیست ولی جواهر الکلام، ج ۲، ص۲۲۲، نقل کرده است.

۱ـ اصولاً ما نحن فیه [معاطات] تخصّصاً از قاعدهٔ مذکور خارج است، زیرا موضوع قاعدهٔ مذکور [العقود و ما قام مقامها] تعمیم نداشته و هریک از عقود صحیحه و فاسده را شامل نیست، بلکه ویژهٔ عقود صحیحه است [بدلیل اینکه: عقد فاسد یقیناً تابع قصد نیست، واثر مقصود برآن مترتّب نمی شود، وگرنه عقد فاسد نبود،] یعنی عقودی که دلیل برصحّت آنها دلالت دارد، و معنای صحت همان ترتّبِ اثر مقصود است، و اگر موضوع قاعدهٔ مذکور عبارت شد از عقد صحیح یعنی مؤثر در ملکیّت، دیگر معقول نیست که چنین عقدی تابع قصد نباشد [نه اینکه معقول است و بدلیل خاص تابعِ قصد شده، خیراصلاً عقلاً عدم تبعیّت محال است.]

زیرا صدرو ذیل کلام تناقض پیدا می کند، یعنی هم تابع قصد هست و هم نیست، عقد صحیح یعنی آنکه تابع قصداست و اثر مقصود برآن بار می شود، آنگاه عدم تبعیت هم یعنی تابع قصدنبودن، و اثرِ مقصود بارنشدن، و این دو متناقضانند، و معاطات از دیدگاه مشهور از عقود صحیحه نیست، زیرا دلیلی که دالّ برصحّت آن باشد وجود ندارد [مشهور به آیات بیع و تجارت و... استناد نمی کنند، و اینها را مخصوص معاملات بالصیغه می دانند، برخلاف مرحوم شیخ و محقق ثانی و... که معاطات را از صغریاتِ این کبریات کلّی قرار دادند.]

در نتیجه صحت معاطاتِ به قصد تملیک مشکوك می شود، و عندالشکِ فی الصحة، اصالة الفاسدَ در معامَله جاری می شود، پس معاطات به نظر مشهورَ از عقود فاسده است یعنی لا یترتّب علیه الاثر المقصود، در نتیجه: معاطات تخصّصاً از قاعدهٔ تبعیت بیرون است، و خروج موضوعی دارد، و نقضی برقانون مذکور نیست.

[به دو بیان دیگر هم می توان معاطات را از قانون مذکور خارج کرد:

الف: منظور از عقود، عقد قولی است و منظور از ما قام مقامها، اشارة

الاخرس و مانند آن است، پس اصل معاطات را شامل نیست.

ب: برفرض شک در شمول، می گوئیم: دوران امر میان اقلّ و اکثر است که آیا قاعدهٔ مذکور مخصوص عقد صحیح است یا معاطات را هم شامل است؟ به قدر متیقن اکتفاء می شود که همان عقود باشد.]

مرحوم شهید اوّل هم در کلامی که قبلاً از ایشان آوردیم، به این نکته اشاره داشتند که: در مبایعات، سبب فعلی [معاطات] جای سبب قولی [صیغه و ایجاب و قبول] را نمی گیرد، و موجب ترتّب اثر مقصود نمی گردد. (۱)

قوله: نعم:

پس از اینکه معاطات از عقود فاسده شد، علی القاعده باید بکلّی بی اثر و لغو باشد یعنی نه مفید ملک باشد و نه اباحهٔ تصرّف، ولی چون برای اباحهٔ تصرّف دلیل خاص داریم [وهو الاجماع] تابع دلیل هستیم و افادهٔ این اثر را می پذیریم ولواثری باشد که مقصود متعاطیین هم نبوده، ولی افادهٔ ملک را نمی پذیریم.

[**نکته:** از این کلام مرحوم شیخ استفاده می شود که: ایشان اباحهٔ تصرف را در کلام مشهور اباحهٔ شرعیّه گرفته اند که بدلیل خاص ثابت می گردد، و این منافیِ مطلبی است که سابقاً در توجیه کلام مشهور و در ردّ توجیه محقّق ثانی بیان کردند که صریحاً فرمودند: مع انّ التأمّل فی کلامهم یعطی ارادة الاباحة المالکیّة لا الشرعیّة.]

۲ـ جواب دوّم: برفرض که موضوع قاعده را تعمیم بدهیم و عقود فاسده را هم شامل شود و معاطات نیز مشمولِ قاعدهٔ مذکور باشد [یا از باب اینکه: عقد در لغت به معنای عهد است و اختصاص به عهد قولی ندارد. کما سیأتی، و یا از باب اینکه کلمهٔ و ما قام مقامها معاطات را شامل می شود، زیرا که قد یقوم السبب الفعلی مقام السبب القولی.]

---

(۱) القواعد والفوائد، ج۱، ص۱۷۸، قاعدهٔ ۴۷.

می گوئیم: قاعدهٔ مذکور یک عام است، وبه حکم مامنِ عامٍّ الاّ و قد خصّ، این عام نیز مبتلا به تخصیص شده، و ما نحن فیه یعنی معاطات تخصیصاً خارج شده و این اختصاص به معاطات ندارد بلکه به موارد دیگر هم تخصیص خورده که پنج نمونه از آن موارد را می آوریم.

حال چه مانعی دارد که نمونهٔ ششم هم تخصیص به باب معاطات باشد؟ تخصیص که شایع است، و تأسیس فقه جدید یا قواعد جدیده پیش نمی آید، و قانون مذکور هم که آبی از تخصیص نیست ومثل قواعد عقلیّه نمی باشد، و امّا موارد خمسه ای که عقد تابع قصد نشده و از مقصود متعاقدین تخلّف کرده، عبارتند از:

۱ـ قانونی است که مبسوطاً خواهد آمد، و آن اینکه: «کلّ عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده» یعنی هر عقدی که صحیح آن ضمان آور باشد، فاسد آن نیز ضمان آور است، فی المثل عقد بیع صحیحش ضمان آور است، فاسد آن نیز کذلک، منتهی در بیع صحیح ضمانت به عوض المسّمی است یعنی بایع ضامن است که خود مبیع را به مشتری تحویل دهد، و مشتری هم ضامن است که عین ثمن را به بایع تسلیم کند، ولی در بیع فاسد ضمانت به مثل یا قیمت است، یعنی اگر عقد بیع، فاقد شرطی از شروط صحّت بود، و فاسد شد، چنانچه طرفین قبض و اقباضی انجام نداده اند که بحثی نیست، ولی اگر قبض و اقباض صورت پذیرفته، چنین مالی را مقبوض به عقد فاسد گویند، و قانونش آنست که: اگر چنین مالی در دست قابض تلف شد، چنانچه مثلی بوده ضامن مثل است، و اگر قیمی بوده ضامن قیمت واقعی است [چه مساوی با عوض المسّمی در عقد باشد و چه کمتر و یا بیشتر]

حال مقصود متعاقدین این بوده که هر کدام ضامنِ عوض المسّمی باشند، ولی این مقصودمترتّب نشد، و آنکه مترتب شده ضمان مثل یا قیمت است که

مقصود نبوده، فما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، پس این یکی از مواردی است که عقد تابع قصد نشده و قانون تبعیّت تخصیص خورده است.

قوله: و توهّم:

مستشکل می گوید: اگر دلیل ضمان، اقدام برضمان یعنی معاوضه به بیع فاسد بود، حق با شما بود که اقدام برضمان به مسمّی بوده ولی ضمان مثل یا قیمت مترتب شده و عقد تابع قصد نشده است، ولی از کجا که مدرکِ حکم مشهور به ضمان، عقد فاسد باشد، شاید به استناد قاعدهٔ ید [علی الید ما اخذت حتی تودّی[1]] باشد که مبسوطاً خواهد آمد، و آن قاعده، ضمان مثل یا قیمت را دلالت می کند؟

در جواب خواهیم گفت: اینکه سبب ضمان در مقبوض به فاسد، قاعدهٔ ید باشد، تنها در کلام برخی از فقهاء[2] آمده، آنهم به صورت عطف این قاعده برقاعدهٔ اقدام برضمان یعنی مدرك اصلی همین اقدام برضمان [معاملهٔ فاسد کردن] است

ولی بعضی ها در کنار این مطلب به قاعدهٔ ید هم تمسّک کرده اند. و اگر قبول نداری به مسالک شهید ثانی مراجعه کن تا حقیقت برایت روشن شود.[3]

[**نکته:** سیأتی که به نظر مرحوم شیخ: مدرك اصلیِ ضمان قاعدهٔ علی الید است نه قانون اقدام.]

نتیجه: در مورد مقبوض به عقد فاسد [منظور فاسد واقعی است یعنی در واقع فاسد بوده ولی طرفین خبر ندارند، وگرنه با علم به فساد که قصد جدّی متمشّی نبوده و بیع صوری خواهد بود.] سبب ضمان خود عقد فاسد است [چه

---

(۱)عوالی اللئالی، ج۱، ص۲۲۴، حدیث ۱۰۶ و سنن بیهقی، ج۶، ص۹۵و... .

(۲)شهید ثانی در مسالک.

(۳)مسالک الافهام، ج۳، ص۱۵۴.

اینکه در عقد صحیح چنین است.]و مقصود متعاقدین از این عقد ضمانت به مسمّی بوده نه مثل یا قیمت، فما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد.

۲ـ گاهی بیع مقرون به شرط نیست. [بیع مطلق] و گاهی مقرون به شرطی از شروط است [بیع مقیّد] که آن را شرط ضمن العقد می گویند، حال شرط ضمنی گاهی از شروطی است که مخالف کتاب و سنّت نبوده و شرط مشروع و صحیح است، فی المثل می گوید: این منزل را به شما می فروشم و در ضمن آن شرط می کنم که سکنای یک سال آن برای خودم باشد، یا شرط خیاطت جامه کند و...

چنین شرطی به حکم: «المؤمنون عند شروطهم» واجب الوفاء است.

ولی گاهی شرط فاسد وبرخلاف کتاب و سنّت است مثلاً می گوید: این انگورها را می فروشم به شرط اینکه آنها را تبدیل به خمر کنی، یا چوبها را می فروشم به شرط اینکه آنها را صلیب و صنم بسازی، یا خانه می فروشم به شرط اینکه از سکنای آن انتفاع نبری و... در رابطه با شرط فاسد بحث مبسوطی در باب خیارات خواهیم داشت که آیا شرط فاسد مفسدِ عقد هم هست یا نه؟ به عقیدهٔ اکثر قدماء شرط فاسد مفسد نیست.

حال طبق این نظریه می گوئیم: مقصود متعاقدین بیع مقیّد بوده [بیع با همان شرط فاسد] ولی این اثر مترتّب نشد، بیع مطلق و اصل معامله صحیح شد در حالی که مقصودِ طرفینِ نیست، فما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، پس بازهم عقد تابعِ قصد نشَد و قانونَ تبعیّت استثناء دیگری برداشت.

۳ـ بیع ما یملک وما لا یملک: این عبارت را دو جور می توان خواند:

الف: بصورت فعل معلوم: بیع ما یَمْلکُ وما لا یَمْلک، و منظور آنست که: چیزی را که ملک خود او است با چیزی کَه ملک دیگریَ است ضمیمه کرده و مجموع را به بیع واحد به شخص ثالثی بفروشد، مثلاً گوسفند خود را با گوسفند

زید به بکر بفروشد، سپس آقای زید معامله را اجازه نکند، در اینجا همهٔ فقهاء فرموده‌اند: نسبت به ملک خودش معامله صحیح و نسبت به مالِ زید فاسد است، و حداکثر حق الخیار تبعّض صفقه پیش می‌آید.

حال مقصود طرفین بیع مجموع بما هو مجموع بود، ولی شرعاً اثر مترتّب بربیع، بعض المبیع است، فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد.

ب: به صورت فعل مجهول: بیع ما یملک وما لا یملک: چیزی را که شرعاً مالیّت دارد با چیزی که مالیّت ندارد [کالخمر والخلّ یا کالخنزیر والغنم و ...] ضمیمه کرده و به بیع واحد به شخصی بفروشد که شرعاً نسبت به سرکه یا گوسفند معامله صحیح است ولی نسبت به خمر یا خنزیر فاسد است. در حالی که مقصودِ متعاقدین، بیع مجموع بوده نه بعض تنها، فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد، پس بازهم عقد تابع قصد نشد، و قانون تبعیّت مادّهٔ نقض پیدا کرد.

۴ـ شخصی مال دیگری را غصب کرده [مانند سارقین و ...] و آن را برای خودش [و به نیّت اینکه ثمن به ملک او درآید] می فروشد [که مسئله سوّم از مسائل بیع فضولی است و مبسوطاً خواهد آمد.] سپس مالک اصلی با خبر شد، و بیع را اجازه کرد.

در اینجا جمع زیادی از فقهاء فرموده‌اند: معاملهٔ مذکور صحیح است و برای مالک اصلی واقع می‌شود نه غاصب باز مقصود متعاقدین این بود که ثمن برای غاصب باشد، ولی این اثر مترتب نشد و ثمن از آنِ مالک اصلی شد، فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد.

۵ ـ در باب مُتعه و ازدواج موقّت این مسئله وجود دارد که: اگر متعاقدین در متن عقد مدّت را ذکر نکردند، باعث می‌شود که نکاح منقطع به نکاح دائم تبدیل شود، وآن زن، همسر دائمیِ این مرد شود [و احکام این نکاح را پیدا کنند.]

و این نظریه را مرحوم کاشف اللثام[۱] و مرحوم شهید ثانی[۲] به مشهور نسبت داده اند. البته دو قول دیگر هم هست:

۱ ـ بطلان عقد مذکور دواماً و انقطاعاً.

۲ ـ تفصیل بین انشاء به لفظ انکحت و زوجّتُ و بین انشاء به لفظ متّعتُ که در دوتای اوّل انقلاب به دوام پیدا می کنند ولی در سوّمی به منقطع حمل نمی شود بلکه حمل بربطلان می گردد. [و روایت معتبر هم همین را می گوید: موثقّة ابن بکیر عن ابیعبد اللّه علیه السلام قال: ان سمّی الاجل فهو متعة و ان لم یسمّ الاجل فهو نکاح بات[۳]]

حال مقصود زوجین، عقد موقّت بود که واقع نشد، و آنکه واقع شد یعنی عقد دائم، اصلاً مقصود نبود، باز هم ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، و برای بار پنجم قانون تبعیّت نقض شد، حال چه مانعی دارد که بار ششم هم به باب معاطات تخصیص بخورد؟

قوله: نعم:

ما نحن فیه [معاطات] با آن موارد پنجگانه یک فرق عمده دارد، و آن اینکه: در تمام آن موارد مقتضیِ برای تبعیت موجوداست و آن ادلّهٔ صحت عقود مذکوره است، و تخلّف عقد از قصد یعنی عدم تبعیّت، بخاطر دلیل خاصّ است که برعدم تبعیّت دلالت می کند، و موارد مذکور را از عمومات ادلّهٔ صحتِ آن ابواب، خارج می کند.

ولی در باب معاطات برمبنای مشهور اصلاً مقتضیِ صحت محرز نیست، و عدم ترتّب اثر مقصود یعنی ملکیّت، کاملاً مطابق اصلِ است [استصحاب عدم

---

(۱) کشف اللثام، ج۱، کتاب النکاح، ص۵۰.

(۲) مسالک الافهام، ج۱، چاپ سنگی، ص۵۰۳.

(۳) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص، باب۲۰ منابواب المتعة، حدیث اوّل.

ملکیّتِ آخـذ، یا بقـاء ملکیّت مـعطی] ولی از جـهت اینکـه بالاخره اثر مـقـصـود مترتّب نشده، و آنکه بار شده غیر مقصود است، فرقی ندارند.

قوله: وامّا ما ذکره:

مطلب دوّم این بود که: اگر معاطات مفید اباحهٔ تصرّف باشد، لازم می‌آید ارادهٔ تصرّف به تنهائی یا به ضمیمهٔ تصرّف مجموعاً، مملِّک باشد، و این بعید است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما به این لازم ملتزم می‌شویم یعنی تصرّف را مملِّک می‌دانیم و وحشتی هم نداریم، و دلیل برالتزام مذکور، جمع میان سه دسته ادلّه است:

۱ـ استصحاب عدم ملک: قبل از معاطات، زید مالک عبا نبود، پس از تعاطی شک می‌کنیم که آیا مالک شد یا نه؟ استصحاب عدم جاری می‌کنیم

۲ـ دلیل جواز مطلقِ تصرّفات: اجماع و سیره قائم است براینکه: مال مأخوذ بالمعاطاة مثل ملک طلق می‌ماند و هرگونه تصرّفی در آن برای آخذ حلال است، حتی تصرّفاتی که متوقف برملک است.

۳ـ ادلّه توقّف برخی از تصرفات برملک: روایاتی که می‌گوید: پاره‌ای از تصرفات متوقف برملک است و بدون آن نشاید، از قبیل: بیع و عتق و وطی و وقف و ... که دلیل می‌گوید: لا بیع الاّ فی ملک، و لا عتق ولا وطی و ... الاّ فی ملک.

جمع این سه دسته: اگر بگوئیم: پس از معاطات تنها تصرفاتی که وابسته به ملک نمی‌باشند، جایز است؛ به دستـه دوّم از ادلّه عمل نشده است، و اگر بگوئیم: پس از تعاطی هرگونه تصرّفی جایز است ولی مال معاطاتی ملک آخذ نمی‌شود به دستهٔ سوّم از ادلّه اعتنا نشده، جمع میان آندو به اینست که: هم مطلقِ تصرفات را تجویز نمائیم، و هم در تصرفات وابسته به ملک، طرفدار ملکیت

شویم و بگوئیم: متصرّف کذائی مالک است.

آنگاه این سئوال مطرح می شود که: آیا ملکیّت از اوّل امر است؟ جواب: خیر

زیرا اگر از اوّل معاطات را مملکّ دانستیم به استصحاب عدم ملکیّت عمل نشده، پس برای جمع دو طائفه قَبلی با این اصل، طرفدار ملکیّت آناًمّا قبل التصرّف می شویم، و هیچ استبعادی هم ندارد.

قوله: کتصرّف:

تنظیر: ما نحن فیه شبیه دو باب دیگر است:

۱ـ تصرف ذی الخیار در ما انتُقِل عنه: شما مالی را فروخته و تا ده روز مثلاً حق الخیار دارید،

حال در این مدت منصرف شده و رجوع می کنید، رجوع گاهی قولی است، و گاهی فعلی است؛ و از مصادیق رجوع فعلی بیع است یعنی مالی را که به زید فروخته بودید مجدّداً در مدّت خیار به بکر می فروشید، و نفس این فروختن فسخِ فعلیِ معاملهٔ قبلی محسوب می شود، یا جاریه ای فروخته بود، و در مدّت خیار با او آمیزش کرد، که وطی هم رجوع فعلی است، یا او را آزاد کند و ...

حال در اینجا می گویند: آناًمّا قبل از رجوع فعلی، معامله باطل شد و مبیع به ملک بایع برگشت و بیع دوّم یا وطی و عتق و ... در ملک خود او است.

دلیل این ملکیت آنامّائی هم جمع میان ادلّه است.

۱ـ دلیل استصحاب بقاء عقد تا زمان رجوع

۲ـ دلیل جواز رجوع فعلی

۳ـ دلیل توقف بیع و مانند آن برملک

۲ـ تصرّف واهب در مالی که به دیگری هبه کرده، که حکم تصرّف ذی الخیار را دارد «البتّه در هبهٔ جایزه» ولذا تکرار نمی شود.

قوله: واٴمّا ما ذکره:

مطلب سوّم این بود: اگر معاطات مفید اباحهٔ تصرف باشد لازم می آید: آثار ملک را برغیر ملک مترتب کنیم، و در مثل خمس و زکات و استطاعت و ... کار مشکل می شود، ...

مرحوم شیخ می فرماید: این مطلب هم مجرّد استبعاد و بعید شمردن است وگرنه التزام به آن هیچ محذوری را بدنبال ندارد.

بیان ذلک: چه مانعی دارد که بگوئیم: خمس و زکات و ... به دو نوع از اموالی که در دست انسان است، تعلّق می گیرد:

۱ـ اموال خمسی و زکوی و ... که مال و ملک انسان است.

۲ـ اموالی که ملک انسان نیست ولی به منزلهٔ ملک است و آدمی برآن یَد و سلطنت دارد و حقّ هرنوع تصرفی را دارد، و ما هیچ دلیلی نداریم که حتماً در این امور ملک معتبر است، و اباحهٔ تصرّف حتی اباحهٔ مطلقه کافی نیست. پس ترتیب آثار ملک برچیزی که به منزلهٔ ملک باشد بلا اشکال است.

قوله: ودفعه:

اگر کاشف الغطاء بفرماید: این برخلاف سیرهٔ مستمرّه است زیرا سیره می گوید: فقهاء در طول تاریخ با غیر ملک معاملهٔ ملک نکرده و آثار ملک را برغیر ملک بار نکرده اند، پس نتوان احکام مذکور یعنی خمس و زکات و ... برغیر ملک بار کرد.

در جواب خواهیم گفت: این سخن رجوع به سیره است، یعنی به دلیل مستقلّ دیگری تمسک کرده اید، [و اگر مدرك شما این باشد قبلاً جواب دادیم که این سیره ها از بی مبالاتی سرچشمه می گیرد.]

قوله: مع انّ:

نه تنها تعلّق خمس و زکات و ... به مال معاطاتی بلامانع است، بلکه در

پاره ای از آنها یقیناً توقّف برملک نیست، به عنوان نمونه:

در باب استطاعت: چه کسی گفته که استطاعت برملک متوقف است، و اگر کسی مالک مالی در آن حدّ بود مستطیع است، وگرنه نه؟ خیرما در اسلام حجّ بذلی هم داریم، که اگر کسی حاضر بود که مخارج رفت و برگشت شما را بپردازد، مستطیع می شوید و حج برشما واجب می شود.

در باب صفت غنا و بی نیازی، کدام دلیل می گوید: باید مالک قوت سنه باشی تا زکات گرفتن برتو حرام باشد؟ آنچه هست اینکه: مؤنهٔ سنه را دارا باشی، حال به مالک بودن یا به اعطاء دیگری ولو ملک شما نباشد.

[و نیز در باب اداء دین و باب نفقات و... لازم نیست مالک باشی تا اداء دین واجب باشد، انفاق برعیال واجب باشد و...]

قوله: وامّا کون:

مطلب چهارم این بود که: اگر معاطات مفید اباحهٔ تصرف باشد، لازم می آید: تصرّف نه تنها موجب حصول ملک برای شخص متصرّف گردد، بلکه موجب حصول ملک برای طرف مقابل هم بشود، وهذا بعید...

مرحوم شیخ می فرماید: این مطلب جوابش روشن شد. [منظور آنست که: ما به این لازم ملتزم می شویم، و مدرك ما هم جمع میان سه دسته ادلّه است، که نتیجه اش ملکیّت آناًمّا قبل از تصرف است، با این اضافه که: وقتی تصرف برای خود متصرّف مملکّ بود، اگر برای طرف آخر مملِّک نباشد، یلزم جمع بین عوض و معوض در مَلک شخص متصرّف، که قطعاً باطل است. پس مملِّک طرف دیگر هم خواهد بود.]

قوله: وامّا کون:

مطلب پنجم مشتمل برچهار امر بود که امر اوّل و دوّم و چهارم را با یک بیان جواب می دهیم، و امر سوّم را به بیان دیگر.

امّا جـواب سه امـر اوّل: بازهم به ایـن لازم ملتـزم می شـویـم، و تلف را از هردو طرف و برای هردو موجب ملک می دانیم و مـحذوری هم ندارد، و دلیل ما عبارتست از: جمع میان سه طائفه از ادلّه، بیان ذلک:

۱ـ اجماع و سیـره قائم است براینکه، ضمانت در معـاطات به عوض المسمّی است و هرکـدام هـمـان را کـه در حـین مـعـاطات تعیین شـده و اعـطاء و اخـذ شـده ضامن اند نه مثل یا قیمتِ واقعی را.

۲ـ عموم علی الیـد مَا اخذت حتی تؤدّی می گـوید: اگر مال غیر نزد شما تلف شد، ضـامن هستیـد، اگر مثلی بود مثل و اگر قـیمی بود قیـمت را باید بدهید [کـما سیأتی مبسوطاً]

۳ـ استصحاب عدم حدوث ملکیّت به وسیلهٔ معاطات.

وجه الجمع: اینکه در ما نحن فیه [معاطات] طرفین مسمّی را ضامن هستند، جای بحث نیـست، وگرنه به اجمـاع و سیره عـمل نشده است، حـال اگر بگوئیم: مال معاطاتی پس از تلف هم به ملک مـالکِ اصلی باقی است و مال غیر در نزد آخذ تلف شده است بنـاچار باید عموم علی الیدَ را تخصیص بـزنیم، زیرا عموم مـذکور می گوید:

اگـر برمال غیر، ید و سلطه یافتی، باید آن را به صـاحبش ردّ کنی و اگـر تلف شـد، مثل یـا قیـمت آن را ضـامن هستی، ولی به ما نـحن فیـه تخـصیص خورده کـه ضـمانتِ مـسـمّی باشد و اصـالة العـموم یا اصـالة عـدم التخـصیص یا اصالة الظهـور قانون علَی الید در عمومیّت مراعات نشده است.

ولی اگر بگوئیم مال معـاطاتی با تلف، ملک آخذ می گردد، البتـه ملک خود او تلف شده است و طرف مقـابل مسئولیتی ندارد، و مثل یا قیمت نبـاید بدهد، و این مورد تخصّصاً از عموم علی الیـد، خـارج است. برای حـفظ عموم علی الید همـین را ملتزم می شویم یعنی تلف را مملِّک می دانیم، [به قول مرحوم شهیدی:

لا يخفى انّ هذا من قبيل التمسک بعموم العام واصالة عدم التخصيص لتعيين حال ما حكم عليه بخلاف حكم العام مع دوران الامر بين ان يكون من افراد العام فيردّ عليه التخصيص به او من افراد غيره ليكون باقياً على عمومه ويحكم بانه ليس من افراده كما اذا علم انّ زيداً يحرم اكرامه وشک فی انه عالم او جاهل فيحكم عليه باصالة عدم تخصيص اكرم العلماء بانّه ليس بعالم فيحكم عليه بسائر ما لغير العالم من الاحكام

حيث انه حكم على المأخوذ بالمعاطاة بعدم ضمانه عند التلف بالمثل او القيمة و دار امره بين كونه باقياً فی ملک المالک الاوّل يرد التخصيص على حديث على اليد وكونه ملكا للآخذ كی لا يرد عليه فباصالة عدم التخصيص على اليد يحكم بانّه ملک للآخذ... وتفصيل الكلام موكول إلى الاصول حاشيهٔ هداية الطالب ص۱۶۷و۱۶۸ ومنظور ايشان از حواله به اصول مطلبی است که مرحوم آخوند در كفاية الاصول ج۱، ص۳۵۰آورده اند.] از طرفی این سئوال مطرح می شود که:
آیا تلف کاشف از ملکیّت من اوّل الامر است؟ یا از ملکیّت آناًمّا قبل التلف؟ اوّلی با استصحاب عدم ملکیّت منافی است، برای عمل به استصحاب و جمع آندو دسته با این دلیل، فتوی به ملکیّت آناًمّائی می دهیم، و اگر بگوئید: چرا استصحاب عدم را تا پس از تلف پیاده نمی کنید؟ خواهیم گفت: به حکم جمع بین دو طائفه قبلی یقین به حصول ملک داریم و قدر متیقن از آن همان آناًمّا است، ولذا یقین سابق به عدم ملک با یقین لاحق به ملک نقض می شود.

تنظیر: ما نحن فیه مثل باب تلف مبیع قبل از قبض است: اگر کسی مالی را بدیگری فروخت و قبل از تسلیم به او تلف شد، قاعده اینست که:

«کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه»

حال این سئوال مطرح می شود که: چرا از ملک بایع؟ جوابش اینست که: جمع بین سه طائفه این اقتضا را دارد.

۱ـ اجماع قائم است که بایعِ مذکور، ضامن مثل یا قیمت نیست.
۲ـ روایات می گوید: کل مبیع تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه[1]
۳ـ استصحاب بقاء اثر عقد یعنی ملکیّت تا هنگام تلف.

حال اگر بگوئیم: معامله باطل نمی شود و ضامن به مثل یا قیمت است، به دسته اوّل عمل نشده.

و اگر بگوئیم: اصلاً به بایع لطمه ای نمی خورد به دسته دوّم عمل نشده است.

و اگر بگوئیم: از مال بایع است و به ملک او برمیگردد و کاشف از انفساخ بیع از حین عقد است به استصحاب عمل نشده، جمع بین همهٔ اینها اقتضا می کند: قول به انفساخ العقد آناًمّا قبل از تلف و رجوع مبیع به ملک بایع و تلف آن از ملک بایع را.

قوله: وامّا ما ذکره:

وامّا جواب امر سوّم از چهار امر قاعدهٔ پنجم که مسئله غصب مال معاطاتی بود

شیخ می فرماید: اگر معاطات را مفید اباحه بدانیم، و رأی مشهور را اختیار کنیم، می گوئیم: مادامی که عین مال در دست غاصب است، هریک از متعاطیین حق المطالبه دارند، [هم مالک اصلی که ملک او است، و هم ذی الید که تحت سلطهٔ او است و کالمالک است.] و همینکه تلف شد، از مال ذی الید یعنی مغصوبٌ منه، تلف شده است چرا که ظاهر تعبیر مشهور این نیست که تلف مملِّک عین باقیمانده به دیگری است، بلکه بقول مطلق تلف را مملّک دانسته اند، چه نسبت به عین باقیه و چه عین تالفه، پس آناًمّا قبل از تلف مغصوب منه مالک می شود، و حق مطالبه با او است.

قوله: نعم: [در این عبارت دو احتمال وجود دارد:

(۱) عوالی اللئالی، ج۳، ص۲۱۲، حدیث۵۹.

۱ـ نسخهٔ متن کلمهٔ لولا باشد، ای لو لم یقم اجماع علی انّ التلف یوجب التملّک مطلقا حتی التالف بل کان الاجماع قائماً علی کونه مملّکاً لخصوص العین الباقیة، کان تلفه حینئذ بمقتضی القاعدة من مال مالکه لو لم یتلف عوضه قبل التلف.

۲ـ نسخهٔ متن کلمهٔ لو باشد، ای الاجماع علی عدم التملک بتلف احدی العینین خاصة مع بقاء الاخر اذ لو ارید الاجماع علی عدمه مع التلف مطلقاً لما کان وجه لقوله لو لم یتلف عوضه بل کان خلاف فرض الاجماع،]

قوله: وامّا ما ذکره:

مطلب هفتم راجع به حکم نماء بود...

مرحوم شیخ دو جواب می دهند:

۱ـ آنکه قائل به اباحه است [مشهور] قائل به تملّک خود نماء نیست بلکه می گوید: حکم نماء حکم اصل است. [این کلمه نیز دو احتمال دارد:

الف: منظور اینست که: نماء تابع اصل است و همانطوری که اصل برای آخذ مباح است، فرع و نماء هم مباح است و اذن جدید لازم ندارد.

ب: مراد اینست که: همانطوری که دخولِ اصل در ملکِ آخذ، متوقف برتصرّف است هکذا دخول فرع و نماء هم متوقفَ به اذن جدیدَ در تصرف و... است و شمول الاذن له خفیّ.]

۲ـ احتمال هم دارد کسی بگوید: به مجرّد اباحهٔ اصل نماء را هم مالک می شود یعنی شرعاً اباحة الاصل موضوع از برای ملکیّت نماء است. و اگر بدلیل شرعی اباحه ای موضوع ملکیّتی شد که محذوری ندارد.

قوله: ثم انّك:

از مجموع وجوه ثمانیه ای که کاشف الغطاء ره آوردند تا حال شش وجه اجابت شد.

در پایان می فرمایند: جواب دو وجه دیگر هم از همین مطالب داده می شود.

[وجه ششم که تصرّف را ناقل قهری یا اختیاری می گرفت، می گوئیم: به مقتضای جمع بین سه دسته ادلّه، تصرّف، ناقل و مملِّک است، قهری باشد یا اختیاری و محذوری هم ندارد.

و وجه هشتم که قصر التملیک ... باشد جوابش اینست: اوّلاً باز مقتضای جمع بین ادلّه اینست که تصرّف بنفسه مملِّک باشد. ثانیاً اتّحاد موجب و قابل محذوری ندارد چون تغایر اعتباری هست، ثالثاً قبض هم که متوقف برملک نیست تا مملِّک باشد ولی برخلاف بعض اقسام تصرّف ازقبیل بیع و عتق و ... که متوقّف برملک است. پس قبض را به تصرف نتوان قیاس کرد و خود قبض هم تصرّف نیست، چون معاطات به خود قبض و اقباض حاصل می شود.]

قوله: مع انّ:

در قدم اوّل از تمام وجوه کاشف الغطاء جواب دادیم.

و اینک در قدم دوّم می گوئیم: کاشف الغطاء ره هم نخواسته به این وجوه اعتماد کند و آنها را دلیل برابطال رأی مشهور قرار دهد، بلکه اینها را به عنوان استبعادات آورده، والحق والانصاف این امور استبعاداتی بجا است.

قوله: وبالجمله:

بحث ما با کاشف الغطاء تمام شد، برگردیم به اصل مطلب و جمع بندی بکنیم: می فرماید:

از طرفی سه وجه، قول مشهور [اباحهٔ مجرّده] را همراهی می کند، که عبارتند از:

۱ـ استصحاب عدم ملکیت.

۲ـ شهرت محقّقه و محصّله که تا زمان محقق ثانی مشهور فتوی به اباحه و عدم ملک می دادند.

۳ـ اجماع منقولِ مستفیض: ابن زهره در غُنیه [۱] و علاّمه در قواعد [۲] در همین مسئله معاطاتَ در بیع ادعای اجماع کرده اند که معاطات بیع نیست و ملک نمی آورد.

و مرحوم شهید ثانی در باب هبه فرموده: متوقف برایجاب و قبول است [۳] [پس باب بیع به طریق اولی.] حال به خاطر این وجوه ثلاثه رفع ید از قول مشهور، مشکل است.

ولی از طرفی هم وجوه کثیره قول به ملکیت را همراهی می کند، که عبارتند از:

۱ـ ادلّهٔ بیع: احلّ اللّه البیع، تجارةً عن تراض، اوفوا بالعقود و ...

۲ـ عمومات هبه و اجاره و ... به ضمیمه اجماع مرکّب که قبلاً ذکر شد.

۳ـ سیرهٔ مستمرهٔ قطعیه هم پشتیبان ادلّهٔ مذکور [البته برمبنای شیخ که سیره را ردّ کرد وگرنه علی التحقیق سیره خود یک دلیل متقن است.]

۴ـ ادعای اجماع محقق ثانی که در مقام توجیه کلام مشهور و حمل اباحه برملک جایز مدّعی شد که: رأی همگان چنین است[و قبلاً کلام ایشان را در کتاب جامع المقاصد و حاشیهٔ ارشاد آوردیم.]

حال رفع ید از این وجوه کثیره و قویّه، به مراتب مشکلتر است. ولذا ما اهم و مهم کرده و همین قول را اختیار کرده و فتوی می دهیم به اینکه: معاطات مفید ملکیّت است نه مجرّد اباحهٔ تصرّف.

وامّا مقام ثانی

قوله: وعلیه:

چنانکه قبلاً آوردیم، در باب معاطات دو مقام از بحث وجود دارد:

---

(۱)قبلاً در نقل عبارات قوم اینها را آوردیم.

(۲)قبلاً در نقل عبارات قوم اینها را آوردیم.

(۳)مسالک الافهام چاپ سنگی، ج۱، ص۳۶۷.

۱ـ آیا اصولاً معاطات مفید ملکیّت است؟ یا مجرّد اباحهٔ تصرّف را می رساند؟ در این مقام دو نظریّه، عنوان شد:

الف: مشهور تا زمان محقّق ثانی، معاطات را مفیدِ اباحهٔ تصرف دانستند.

ب: از محقّق ثانی به اینطرف، معاطات را مفید مِلک می دانند، و مختار مرحوم شیخ همین شد.

۲ـ مقام ثانی که فعلاً مطرح می باشد، اینست که: برفرض افادهٔ ملک، آیا معاطات مفید ملکیّت لازمه است؟ یا مفید ملکِ جایز و متزلزل؟ سه نظریّه مطرح است:

۱ـ معاطات مفید ملکیت لازمه است [مراد از لزوم، عدم فسخ و رجوع است یعنی طرفین هیچکدام حق رجوع ندارند، مگر یکی از خیارات در میان باشد، یا اقاله و تفاسخ طرفین مطرح باشد.] آنهم لزوم از ابتداء امر [یعنی از اوّل که معاطات منعقد شد، و دو نفر با یکدیگر تعاطی نمودند، ملکیّت لازمه آمد، نه اینکه لزوم بعداً ملحق شود و از هنگام تصرف یا تلف بیاید.] آنهم مطلقاً [در قبال تفصیل بعدی است.] این نظریّه از ظاهر عبارت شیخ مفید استفاده شده است.[1]

۲ـ معاطات مفید ملکیت لازمه است، آنهم از ابتداء امر [تا اینجا با قول قبلی مشترك اند.]

ولی با یک شرط، و آن اینکه: اگر دالّ برتراضیِ طرفین به معاوضه و داد و ستد لفظی از الفاظ باشد [که منظور لفظ ایجاب و قبول نیست، وگرنه بیع قولی می شد، مراد تعابیری از قبیل: خذ هذا الدرهم واعطنی ماءً و... می باشد.] مفید ملک لازم است. [مفهوم شرط اینست که: اگر دالّ برتراضی، غیر لفظ باشد مثل قرینهٔ حالیّه و... معاطاتِ کذائی مفید لزوم از اوّلِ امر نیست، بلکه مفید ملک جایز و متزلزل است.]

---

(۱) مصنفات الشیخ المفید، چاپ کنگره جهانی شیخ مفید، ج۱۴، ص۵۹۱.

این نظریّه به بعض از معاصرین شهید ثانی [مرحوم سیّد حسن ...] نسبت داده شده، گروهی از محدّثین متأخر هم آن را تقویت کرده اند. [۱]

۳ـ معاطات مفید ملکیت جایزه و متزلزله است، و مفید لزوم نیست، مطلقاً [در قبال تفصیل قبلی] نتیجه و ثمرهٔ متزلزل بودن، آنست که: هرکدام از طرفین حقِ رجوع دارند، یعنی می توانند یکطرفه و بدون جلب رضایت طرفین، رجوع کرده و مالِ خود را برگرداند.

این نظَریه به محقق ثانی و دیگر قائلین به ملک نسبت داده شده و در واقع غیر از جناب مفید و بعض المعاصرین شهید ثانی و بعض المحدّثین، نظر همهٔ قائلینِ به ملک همین است. [۲]

[این عدّه معتقدند که با تصرّف یا تلف لزوم می آید.]

قوله: او فقها:

از مرحوم شیخ می پرسیم: به عقیده شما از وجوه مذکور کدام بهتر است؟

مرحوم شیخ می فرماید: اگر به مقتضای قواعد [اصول و عمومات و اطلاقاتِ ثمانیه ای که ذیلاً خواهد آمد.] بحث کنیم، قول اوّل اَنْسَبْ است، یعنی معاطاتَ هم مثل بیع قولی مفیدِ ملکیّت لازمه است، و برای این مطلب به هشت دلیل، تمسّک می کنند:

دلیل اوّل: اصالة اللزوم: در اینکه مراد از این اصل چیست؟ چهار احتمال وجود دارد که در اوائل خیارات، آنها را ذکر کرده اند، و در اینجا مراد از اصل، استصحاب است. به این بیان: فرض اینست که: به نفس معاطات ملکیت آمد، و تا زمانی که رجوعی حاصل نشده، کما کان باقی است، پس از رجوع مالک

---

(۱)از قبیل: محدث کاشانی در مفاتیح الشرائع، ج۳، ص۴۸ و محدث بحرانی در حدائق، ج۱۸، ص۳۵۰.

(۲)جامع المقاصد، ج۴، ص۵۷و۵۸.

اصلی، شک در بقاء ملکیت پیدا می کنیم، ارکان استصحاب کامل است، استصحاب بقاء ملکیّت جاری می کنیم، و در نتیجه بقاء ملکیت، لزوم و غیر قابلِ فسخ بودن است، [توجه دارید که خود لزوم استصحاب نشد، ملکیت را استصحاب کردیم که نتیجهٔ آن لزوم است وگرنه نفس لزوم حالت سابقه ندارند.]

قوله: ودعوی:

مستشکل یک اشکال سه مرحله ای به این دلیل دارد:

اوّلاً: آن مقداری که با معاطات ثابت می شود اصل ملکیّت است، و آن دو شعبه دارد، و قدر مشترك میان دو قسم است:

۱ـ ملک متزلزل و جایز

۲ـ ملک مستقرّ و لازم، و جنس در ضمن یکی از آندو محقّق می شود، و کلّیِ طبیعی به عین وجودِ فرد موجود می شود، حال کدامیک را استصحاب می کَنید؟ اگر خصوص ملکَ متزلزل را استصحاب می کنید، می گوئیم:

[اوّلاً خصوص این فرد حالت سابقه ندارد و ثانیاً] پس از رجوع، ملکِ متزلزل مقطوع الارتفاع است، و شک در بقاء نداریم که استصحاب کنیم، و اگر خصوص ملک لازم را می خواهید استصحاب کنید، می گوئیم: ملک لازم از اوّلِ امر مشکوك الحدوث است و یقین سابق به حدوث آن نداریم تا استصحاب جاریَ شود، و در هر صورت رکنی از ارکانِ استصحاب مختلّ است، و به قول مستشکل: لا ینفع الاستصحاب، [حق این بودَ که بگوید: لا یجری الاستصحاب، نه اینکه جاری می شود ولی سودمند نیست.]

و ثانیاً: قوله: بل ربّما:

برفرض که استصحابِ مذکور، قابلِ جریان باشد، می گوئیم: این اصل معارض دارد و آن استصحابِ بقاء علقهٔ ملکیّت مالک اصلی است.

بیان ذلک: قبل از معاطات، علقهٔ ملکیت از آن مالک اصلی بود، پس از معاطات و رجوع مالک اصلی شک می کنیم که: علَقهٔ ملکیّت او دوباره زنده می شود و برمی گردد و ادامه می یابد یا نه؟ استصحاب بقاء علقه پیاده می شود و با استصحاب بقاء ملکیّت متعاطیین، تعارض می کنند، و تساقط می کنند، بازهم استصحاب از درجهٔ اعتبار ساقط شد.

[و ثالثاً: نه تنها استصحاب علقهٔ ملکیّتِ مالک اصلی جاری می شود و معارضه می کند، بلکه چون این استصحاب، سَببی است و استصحاب مورد استدلال ما مسبّبی است، اصل سببی تقدم دارد.

بیان ذلک: شک در بقاء ملکیتِ آخذ پس از رجوع مالکِ اصلی مسبّب است از شک در اینکه آیا با معاطات علقهٔ مالکیت بطور کلی قطع می شود یا خیر؟ و استصحاب سببی می گوید: خیر قطع نمی شود، پس نوبت به استصحاب مسبّبی نمی رسد. مرحوم شیخ این امر را در صفحهٔ سوّمِ خیارات، متعرّض شده و جواب داده و اینجا متعرض نیست.]

قوله: مدفوعة:

[از اشکال دوّم که معارضه بود در اینجا جواب نمی دهند و مبسوطاً در اوائل خیارات سه شقّ درست کرده و جواب می دهند، ولی برای اینکه بی جواب نماند، اجمالاً می گوئیم: علقهٔ ملکیّتِ مالکِ اصلی پس از معاطات به کلّی منقطع شد و ملکیتِ مالک جدید محقّق شد، و دوباره علقهٔ قبلی قابلِ احیاء نیست، چراکه السَاقط لا یعود، المیّتُ لا یحیی و... و تمام همّ و غمّ مرحوم شیخ، جواب از بخش اوّل است.] در مجموع از اشکال اوّل یا مرحلهٔ اوّل دو جواب می دهند:

۱ـ [برفرض مماشات و قبول اینکه: ملکیّت کلی و قدر مشترکِ میان دو نوع است می گوئیم:]

اگر ما خصوص ملک متزلزل یا لازم را استصحاب می کردیم، جا داشت شما بفرمائید: در خصوص این فرد یا آن فرد، ارکان استصحاب ناتمام است، ولی ما خود کلّی و قدر جامع را استصحاب می کنیم و می گوئیم: کلّیِ ملکیّت قبلاً با معاطات ثابت شد، و پس از رجوعِ مالک اصلی شک در بقاء همان کلّی داریم، ارکان استصحاب در خود کلّی تمام است و قابل جریان، و آثار مطلق الملک هم برآن مترتب است، و همین ما را بس است و نتیجه اش عدم جواز رجوع، و ثبوت لزوم است.

[استصحاب مذکور را استصحاب کلّیِ قسم ثانی گویند.

بیان ذلک: استصحاب یا در فرد و شخص جاری می شود، یا در کلّی و طبیعی، استصحابِ کلی هم یا از قبیل کلّیِ قسم اوّل است، و یا از قبیلِ کلّیِ قسم دوّم، و یا کلّیِ قسم سوّم، ما نحن فیه از قبیل: کلّیِ قسمِ ثانی است.

بیان ذلک: یقین داریم که کلّی در ضمن فردی محقّق شد ولی مردّدیم که آیا در ضمن فرد قصیر العمر محقّق شد تا مقطوع الارتفاع باشد یا در ضمن فرد طویل العمر محقّق شد تا مقطوع البقاء باشد.

مثلاً یقین داریم که حدثی محقّق شده ولی نمی دانیم آیا حدث اصغر است یا اکبر؟ سپس وضوئی حاصل شد اگر حدث اصغر بوده قطعاً مرتفع شد و اگر حدث اکبر بوده قطعاً باقی است ولی از اصل، حدوث حدث اکبر مشکوك است.

در ما نحن فیه هم کلیِ ملکیّت یا در ضمن ملک متزلزَل محقّق شد و یا در ضمنِ ملک مستقرّ، اگر در ضمن اوّلی بود قطعاً با رجوع مرتفع شده، و اگر در ضمنِ دوّمی بود از اوّل مشکوك الحدوث است، ولی ما در خود کلّیِ ملکیّت که یک زمانی متیقن بود والان مشکوك است، استصحاب جاری می کنیم و ارکان آن تامّ است، وجاری می شود.]

قوله: فتأمل:

وجوهی در کلمات محشّین برای فتأمّل آمده، یکی از آن وجوه اینست که: استصحاب مذکور، استصحاب کلّیِ قسم ثانی است، و در اصول مطرح شده که اجراء آن اتّفاقی نیست، بنابر قولِ کسانی که قبول دارند، جاری می شود ولی بنابر قول دیگر قابل جریان نیست.

۲ـ قوله: بانّ:

جواب دوّم اینست که: نیازی به استصحاب کلی و قدر مشترك نیست، و استصحاب شخص که متّفقٌ علیه است جاری می شود.

بیان ذلک: اصولاً ما ملکیت را یک امر کلی و قدر مشترك و دارای دو نوع نمی دانیم، حقیقت ملکیّت عبارتست از: علقهٔ خاصّه ای که میان مالک و مملوك وجود دارد، و غیر از اصلِ عُلقه و پیوند اعتباری ویژه، چیزی در ملکیّت دخیل نیست، و لزوم یا جواز از فصولِ مقوّمهٔ او نیستند.

حال این علقهٔ خاصه با معاطات آمد و پس از رجوع مالکِ اصلی، در بقاء آن شک می کنیم، ارکان استصحاب تمام است و پیاده می شود و حَکم به بقاء ملکیت می شود.

سئوال: پس خصوصیّت لزوم و جواز، مربوط به چیست؟ این خصوصیات از ناحیهٔ شارع مقدّس است که در برخی موارد حکم به لزوم ملکیت نموده و در مواردی هم با رجوعِ مالکِ اصلی حکم به زوالِ آن نموده است.

ومنشأ این حکم شارعَ هم، اختلافُ اسبابِ مملّکه است.

بیان ذلک: عقود و مملّکات از حیثَ شدّتَ و ضعف، یکسان نیستند، برخی از آنها از دیدگاه شارع سبب قوی هستند ومفید لزوم اند [مثل بیع و اجاره و ...] و برخی سبب ضعیف بوده و لزوم آور نیستند، مثل هبه و ... پس لزوم و جواز از آثار و احکامِ سببِ مملّک است نه از خصوصیات و فصولِ مقوّمهٔ مسبّب که خود ملکیت باشد. پسَ خود ملکیّت علقهٔ خاصّه ای است که قابلَ استصحاب است.

قوله: ویدلّ علیه:

در این فراز سه دلیل می آورند براینکه: لزوم و جواز از خصوصیات ملک نیست، بلکه مربوط به حکم شارع و خارج از حقیقت ملک هستند:

۱ـ برفرض شک در دخالت لزوم و جواز در اصل ملک [جوابِ مماشاتی است وگرنه اصل دخالت را نپذیرفتیم] می گوئیم: استصحاب ما را بس است، زیرا با اصل عدم دخالت و عدم تقیید ملکیت به این خصوصیّات، خود علقهٔ ملکیت به تنهائی قابل استصحاب است.

[البته اصل عدم تقیید در ناحیهٔ سببِ مملِّک هم می آید، ولی اصل مثبت است و نتیجه اش اثبات تقیید در مسبّب است ولذا جاری نمی شود.]

۲ـ در باب هبه که گاهی منسوبین و اولی الارحام هبه می کند [هبهٔ لازمه] و گاهی به اجنبی و بیگانه [هبهٔ جایزه] حقیقت هبه همان تملیک مجّانی است، حال آیا وجداناً ملکیّت و تملیکی که در اوّلی انشاء می شود و با دوّمی فرق دارد؟ در اوّلی تملیک لزومی را انشاء می کند و در دوّمی تزلزلی را؟ بالوجدان چنین نیست، در هردو مورد کار واهب اصل انشاء تملیک است،

و امّا اینکه در اوّلی ملک لازم درست می شود و در دوّمی ملک جایز، ربطی به واهب و هبهٔ او ندارد بلکه از خارج و به حکم شارع است که فلان هبه را موجبِ ملک لازم دانسته، و آندیگری را موجِبِ ملک جایز، و به ضمیمه عدم قول به فصل می گوئیم: در ما نحن فیه هم معاطات مفید اصل علقهٔ ملکیت است، کالبیع القولی، و خصوص جواز یا لزوم از ملک بیرون است.

۳ـ اگر لزوم و جواز ازخصوصیّات ملک باشند، خواهیم گفت: اصل ملک کلی وجنس است، و تخصیص کلی و قدر مشترك، به فرد خاص، از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا به جعل مالک اصلی است.

۲ـ و یا به جعل شارع.

اگر تخصیص به جعل مالک باشد، مستلزم تفصیل بین انواع واقسام ملکیّت است برحسب قصد مالک، یعنی اگر مالک قصد رجوع داشت نتیجه اش حصول ملک جایز باشد و اگر قصد عدم رجوع داشت، نتیجه اش حصول ملک لازم باشد، و اگر قصد هیچکدام نداشت، نتیجه اش حصول اصلِ ملکیت باشد نه لزوم یا جواز، و انواع تملیک دائر مدار قصد مالک باشد، در حالی که این واضح البطلان است، زیرا که قصد مالک در رجوع و عدم رجوع تاثیری ندارد بلکه با انشاء تملیک و گفتنِ بعتُ معامله تمام است و لزوم می آید، صد بارهم بگوید: من قصد رجوع داشتم، فایده ای ندارد و پذیرفته نمی شود.

و اگر تخصیص به جعل شارع باشد، مستلزم آنست که شارعِ مقدس عقد را برغیر آنچه مقصود متعاقدین است امضا کند، یعنی مالک قصد ملکِ لازم دارد و شارع حکم به تزلزل کرده، این نیز در باب عقود باطل است.

زیرا قبلاً گذشت که: عقودی که مورد امضاء شارع هستند تابع قصود هستند، و محال است که نباشند [للتناقض] وبا استحالهٔ عدم تبعیّت، نوبت به جعل و تشریع شارع نمی رسد.

قوله: وان امکن:

دفع دخل است:

اگرکسی بگوید: خود شما سابقاً در جوابِ مرحوم کاشف الغطاء، این قاعده را ردّ کردید و به دو بیان ثابت کردید که: در معاطات لازم نیست عقود تابع قصود باشد، و تخلّف هم ممکن است. با توجه به آن مطلب، چگونه در ما نحن فیه به همان قاعده استناد می کنید؟

قوله: لکنّ:

جواب اشکال: آنجا که در جواب کاشف الغطاء، قاعدهٔ مذکوررا ردّ کردیم

بحث در خصوصِ معاطات بود، الآن هم همان را قبول داریم، ولی اینجا که قاعدهٔ مذکور را می پذیریم، برای آنست که: بحث در مطلق ملکیّت و لزوم در ملک است. و اطلاق کلام هم ملکیّتِ حاصل از راه معاطات را شامل است، و هم حاصل از راه عقود و معاملاتِ قولی را، و بطور کلّی این بحث مطرح است که: آیا لزوم و جواز از خصوصیات ملک است [از هر راهی و به هر وسیله ای که ملکیت حاصل شود.] یا از احکام شرع است؟ و نسبت به عقود و معاملات قولی، قاعدهٔ مذکور جاری و ساری است، پس جای بحث دارد.

قوله: وبالجمله:

تا به حال اصل استدلال [استصحاب بقاء ملکیّت] بیان شد، شبهات وارده نیز دفع شد.

و امّا دائرهٔ شمولِ این اصل: اصالة اللزوم یا استصحاب علقهٔ ملکیّت و عدم فسخ و بطلانِ آن، هم در شبهات حکمیّه [که منشأ شبهه فقدانِ نص یا اجمالِ نصّ و یا تعارض نَصّین است.] و هم در شبهات موضوعیّه [که منشأ شبهه امور خارجیّه است و ارتباطی به شارع ندارد.] قابل جریان است:

امّا در شبههٔ حکمیه: در هر عقدی از عقود و معامله ای از معاملات که یقین به مفیدِ ملک بودن آنها داشته و شک در افادهٔ لزوم داریم و نمی دانیم که آیا شرعاً این عقد مفید لزوم است یا نه؟ [چون دلیل شرعی برلزوم نداریم و یا ناتمام است]

فی المثل معاطات معامله ای است که مفید ملک است، ولی آیا شرعاً مفید لزوم هم هست یا نه؟ این جهت مشکوك است، و در نتیجه پس از رجوع مالکِ اصلی شک می کنیم که آیا ملک باقی است یا نه؟ از استصحاب بقاء ملک استفاده می کنیم [چه استصحاب کلی و قدر مشترك و چه استصحاب شخصی.]

و امّا در شبههٔ موضوعیّه: یک تملیک و تملّکی خارجاً میان دو نفر واقع شده [مثلاً زید کتابی را به بکر تملیک کرده] ولی خود طرفین هم شک دارند و

نمی دانند که آیا ما وَقَعَ فی الخارج عقد لازم بود؟ تا در نتیجه رجوعِ مالک اصلی مؤثر نباشد و ملکیت را بهم نزند، یا عقد جایز بود؟ تا رجوع موجبِ فسخ ملکیّت شود.

فی المثل آیا به نحو صلح غیر معوّض بوده؟ تا عقد لازم باشد، یا به نحو هبهٔ غیر معوَّضه بوده؟ تا عقد جایز باشد. و بدنبال آن اگر مالک اصلی رجوع کرد، شک می کنیم که آیا ملکیت باقی است یا فسخ شد؟ در اینجا هم از استصحاب بقاء ملکیّت استفاده می شود.

قوله: نعم لو تداعیا:

تا به حال در فرض شک و جهل بسیط و عدم العلم بحث می کردیم، یعنی فرضی که خود طرفین هم نمی دانستند که: ما وَقَعَ فی الخارج، عقد لازم است یا جایز؟

حال در این تبصره فرضی مطرح است که طرفین خود را شاك نمی دانند و هرکدام ادّعای علم داشته و با یکدیگر تداعی و تنازع دارند، یعنی مالک اصلی می گوید: این تملیک از نوع هبهٔ بلا عوض بوده و در نتیجه حق رجوع دارد، و آخذ می گوید: خیر به نحو صلح بلاعوض تملیک کرده و حق رجوع ندارد، پس هرکدام هم مدّعی و هم منکر می باشند، حکم این فرض چیست؟

شیخ می فرماید: احتمل التحالف فی الجملة.

[این جواب سه کلمه دارد: ۱ـ احتمل ۲ـ التحالف ۳ـ فی الجملة.

و برای روشن شدن آن کلامی از مرحوم شهیدی می آوریم: به این جمله می توان سه اشکال وارد کرد:

۱ـ نزاع مذکور، یعنی نزاع در لزوم و جواز عقد، از موارد ادّعا و انکار است نه از موارد تداعی، پس احتمالِ تحالف، منتفی است.

۲ـ برفرض که نزاع مذکور از موارد تداعی باشد، بجا است جازماً بفرمائید:

جای تحالف است، چرا با نگرانی و تردید فرمودید: احتمل التحالف؟

۳ـ برفرض قبول دو اشکال قبل می گوئیم: چرا فی الجمله فرمودید، جا داشت بالجمله بفرمائید، لعدم الفرق بین موارد التخاصم فی لزوم العقد وجوازه.

ولی هرسه اشکال قابل جواب است:

امّا جوابِ اشکال اوّل: مبانیِ در این باب مختلف است:

صاحب حدائق فرموده: ضابطةُ انه عبارة عن ادعاء کلّ من المتداعیین علی الاخر ما ینفیه الاخر بدون الاتفاق علی امر واحد، محقق اردبیلی در مجمع البرهان فرموده: انه عبارة عن کون الخصومة علی نحو لا یرتفع النزاع بالحلف الواحد.

و امّا جوابِ اشکال دوّم: بنابر ضابط اوّل در نزاع مذکور جای تحالف است، لعدم الجامع بینهما، و بنابر ضابط دوّم جای عدم تحالف و مراجعه به قاعدهٔ مدّعی و منکر است، ضرورة ارتفاع النزاع فی الفرض بالحلف الواحد اعنی حلف مدّعی اللزوم. و چون هردو ضابطه ممکن است لذا تحالف قطعی نبوده، محتمل است.

و امّا جواب اشکال سوّم: وجه فی الجمله آنست که گاهی بنابر هردو ضابطه احتمال تحالف جا ندارد، مثلاً یکی از متنازعین مدّعی است: عقدی که بینهما واقع شده، بیع خیاری است و دیگری مدّعی است که بیع خیاری نیست و بیع لازم است، در اینجا جای تحالف نیست.

امّا بنابر ضابطهٔ دوّم که پرواضح است، چون با یک سوگند از سوی منکر لزوم، نزاع می خوابد. و امّا بنابر ضابطهٔ اوّل: فلاتفاقهما علی وقوع امر واحدٍ وهو البیع وانّما النزاع فی وصفه الزائد علیه وهو الخیار وعدمه.

پس هرسه اشکال جواب داده شد[۱]

و به قول محقق ایروانی: وجه فی الجمله اینست: لو کان منظور المتداعیین ومحل دعویهما هو خصوص السبب، جای تحالف است، اذ لا اصل یقتضی تعیین الواقع من السّببین وامّا اذا کان المنظور ثبوت الملکیة وعدمه بعد الفسخ قدّم قول من یدّعی الثبوت لموافقته للاصل.[۲]]

دلیل دوّم: قوله: ویدلّ علی اللزوم:

دلیل دوّم از ادلّهٔ افادهٔ لزوم، حدیث سلطنت است: که رسول خدا صلی الله علیه وآله فرموده: الناس مسلطون علی اموالهم.[۳]

کیفیت استدلال: فرض اینست که: معاطات مفید ملک است، و مالِ مأخوذ به وسیلهٔ معاطات، مالِ انسان است. «صغری»

و مردمان براموالَ خود سلطنت دارند، این عموم استغراقی است که به تعداد افراد منحلّ می شود، و مراد اینست که: هرشخصی از اشخاص جدا جدا براموال خود سلطنت دارند. «کبری»

پس متعاطیین هم برمالی که اخذ کرده و مالک شده اند، سلطنت دارند «نتیجه»

آنگاه این سئوال مطرح می شود که: چه نوع سلطنتی امضاء شده است؟

در جواب می گوئیم: حذف متعلّق مفید عموم است، و چون در حدیث، نوع سلطنت تعیین نشده مفید شمول است، یعنی سلطنت مطلقه دارد، حق دارد تصرّف تکوینی در آن انجام دهد [از قبیل: اکل ـ شرب، لبس و ...] و یا هرنوع تصرّف تشریعی و اعتباریِ انجام دهد [از قبیل: بیع و وقف و هبه و ...]

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۶۹.

(۲)الحاشیة علی المکاسب، ص۸۰.

(۳)بحارالانوار، ج۲، ص۱۷۲.

و از جملهٔ انواع و افراد سلطنت مطلقه و بلامنازع، آنست که: دیگران حق ندارند بدون رضایتِ مالکِ اصلی آن را از چنگ او خارج سازند، و دامنهٔ سلطنتِ او را محدود سازنَد، چونَ با سلطنتِ مطلقهٔ او منافی است، و در ما نحن فیه مطلب از این قرار است، یعنی مالک اصَلی با رجوع کردن می خواهد مالِ طرف را به ملک خود عودت دهد، [فرض هم اینست که: طرف مقابل طیب نفَس و رضایت خاطر ندارد زیرا اگر تراضی آمد که اقاله مطرح می شود و مشکلی ندارد.] و این به معنای برهم زدن و نابود کردن سلطنتِ مطلقهٔ مالک است، و عموم حدیثِ مذکوراجازهٔ چنین امری را نمی دهد. [فَیدل الحدیث بالدلالة الالتزاميّة علیَ عدم جواز الرجوع له وتملّکه بدون اختیاره] پس به حکم عموم حدیث مذکور، مالک اصلی حق رجوع ندارد، و رجوعش بی اثر است، و هذا هو معنی اللزوم که با رجوع و فسخ هم قابل برهم زدن نیست.

قوله: فاندفع:

به این دلیل هم اعتراضی شده، و آن اینکه: حدیث نفرموده: الناس مسلطون علی الاموال، بلکه فرموده: الناس مسلّطون علی اموالهم، که کلمهٔ اموال به سوی ضمیر «هم» اضافه شده، و موضوع سلطنت، اموالهم است یعنی مردمان برمالِ خودشان مسلّط هستند، هرشخصی برملکِ خویش مسلّط است، و پس از رجوعِ مالک اصلی، این عنوان محرز نیست، زیرا شاید ملک جایز بود و با رجوع، به ملک مالک اصلی برگشت، و مالِ طرفِ مقابل نیست تا سلطنت مطلقه داشته باشد، و با شک در این امر، تمسک کرَدن به عَامّ مذکور، از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیه یا موضوعیّه است و در علم اصول ثابت شده که: چنین تمسّکی جایز نیست [مگر از راه استصحاب بقاء ملک پس از رجوع، اصل ملک و مالِ آخذ بودن، ثابت شود تا حدیث سلطنت پیاده شود، ولی فرض اینست که: حَدیث مذکور دلیل مستقل و در عرض اصالة اللزوم است.]

ولی جوابش در کیفیت استدلال روشن شد که: پیشاپیش سلطنتِ مطلقه آمده، و رجوع مالک اصلی با آن منافی است و چون سلطنت از قبل ثابت شده نوبت به منافیات او نمی رسد.

قوله: ولما ذکرنا:

مرحوم محقق اول در شرایع مدّعی شده: قرض بعد از اینکه قبض حاصل شد و مقترض آن را گرفت، لازم می گردد، و مُقرض حق ندارد رجوع نماید و مالی را که به قرض داده پیش از فرارسیدن مدّتِ آن پس بگیرد، وسپس اینطور استدلال کرده: قرض تملیک است، و فائده و اثرِ مالک شدن، مسلّط گردیدن است، و کسی [حتی مقرض] حق ندارد بدون رضایتِ مقترض آن مال را از چنگ او خارج کند.[1]

شیخ ره می فرماید: این استدلال هم برهمان سخنان ما استوار است که مالِ قرضی ملکِ مقترض شده «صغری»

والناسَ مسلطون علی اموالهم «کبری»

و سلطنت مطلق مراد است...

علاّمه ره نیز در جای دیگر نظیر همین سخنان محقّق را دارد.[2]

قوله: ومنه یظهر:

دلیل سوّم از ادلّهٔ لزوم، این حدیث است:

«لا یحلّ مال امرئ الاّ عن طیب نفسه»

[البته عین این تعبیر در روایات نیست ولی مفاد و مضمونِ آن در روایات هست و برای نمونه به چند روایت اشاره می شود:

۱ـ عن سماعة عن ابی عبدالله علیه‌السلام فی حدیث: انّ رسول اللّه صلی‌الله‌علیه‌وآله قال: من

(۱)شرائع الاسلام، ج۲، ص۶۸.

(۲)تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۴، چاپ سنگی.

كانت عنده امانة فليؤدها الى من ائتمنه عليها، فانّه لا يحلّ دم امرئ مسلم ولا ماله الاّ بطيبة نفس منه[۱]

۲ـ عن ابى جعفر محمد بن عثمان العمرى عن صاحب الزمان (عج) قال: فلا يحلّ لاحدٍ ان يتصرّف فى مال غيره بغير اذنه[۲]

۳ـ عن تحف العقول عن رسول اللّه صلى الله عليه وآله: انه قال فى خطبة حجة الوداع: ايها الناس انّما المؤمنون اخوة، ولا يحلّ لمؤمن مال اخيه الاّ عن طيب نفس منه[۳]

۴ـ عن عوالى اللئالى عن رسول اللّه صلى الله عليه وآله قال: المسلم اخو المسلم. لا يحلّ ماله الاّ عن طيب نفسه، وعنه صلى الله عليه وآله قال: لا يُحلبنّ احدكم ماشية اخيه الاّ باذنه[۴]

۵ـ عن محمد بن زيد الطبرى قال: كتب رجل من تجّار فارس من بعض موالى ابى الحسن الرضا عليه السلام يسئله الاذن فى الخمس، فكتب اليه: بسم اللّه الرحمن الرحيم... لا يحلّ مال الاّ من وجه احلّه اللّه.[۵]]

امّا كيفيت استدلال: مالى كه از راه معاطات بدست آمده مال انسان است «صغرى»

و مال هيچ كسى بدون طيب نفس او براى ديگرى حلال نيست «كبرى»

پس مالِ مأخوذ به معاطات هم براى مالک اصلى حلال نيست. «نتيجه»

بيان كبرى: حديث مذكور به حكم «لا والاّ» كه استثناء از نفى است، مفيد حصر است، و مفادش اينست كه: منحصراً تمامِ سبب از براى حليّت مالِ ديگرى [در موارد اباحهٔ تصرف، طيب نفس و رضاى باطنىِ مالک علّت تامّهٔ

---

(۱) وسائل الشيعه، ج۱، ص باب سوّم حديث .
(۲) احتجاج طبرسى، ج۱، ص۲۶۷.
(۳) تحف العقود، ص۳۰.
(۴) مستدرك الوسائل، ج۱، ص۲۲۲.
(۵) فروع كافى، ۱، ص۴۲۶.

حلیّت است.] و یا جزء سببِ حلیّت [در موارد معاملات قولی و فعلی که مضافاً به اجزاء و شرائط فراوان، طَیب نفس و تراضیِ طرفینی هم دخیل است و اگر نباشد طرفین حقِّ تصرّف ندارند.] طیب نفسِ مالَک است.

مفهوم جملهٔ حصریّه آنست که: پس اگر رضایت و طیب نفس نبود، حلیّت هم نیست. [و فرض ما در جائی است که آخذ طیب نفس ندارد و راضی نیست که مالک اصلی در مالِ او تصرف کند.] پس رجوع هم بکند فایده‌ای ندارد. و هذا هو معنی اللزوم.

قوله: وتوهّم:

نظیر اشکالی که برحدیثِ سلطنت، وارد شد، براین حدیث هم وارد شده، و آن اینکه: موضوعِ حلیّت «مَال امرئ» است، یعنی مال کسی، مال مردی، و خلاصه: مال دیگری بدون رضای او برای انسان حلال نیست.

ولی در ما نحن فیه پس از رجوع مالک اصلی، معلوم نیست که این مال، مال الغیر باشد تا نیازی به طیب نفس غیر باشد، شاید رجوع اثر کرد و ملکِ مالکِ اصلی شد.

در نتیجه موضوع محرز نیست، و در چنین موردی تمسّک به عام کردن، از قبیل: تمسک به عام در شبههٔ مصداقیّه است. که قطعاً جایز نیست. [باز مگر از راه استصحاب بقاء ملک وارد شویم که در این فرض هم، حدیثِ مذکور یک دلیل مستقلّ نخواهد بود.]

قوله: مدفوع:

مرحوم شیخ در دفع توهّم می فرماید:

در این حدیث، حلیّت که حکم شرعی است [تکلیفی یا وضعی یا هر دو] به مال الغیر، که عین خارجی است نسبت داده شده، و در آغاز کتاب مکاسب در رابطه با حدیث: انّ الله اذا حَرّمَ شیئاً حرّم ثمنه، خواندیم که: هرگاه حرمت به

خود عین نسبت داده شود بدان معنا است که تمام منافع یا معظم منافعش حرام شده است.

و در ما نحن فیه معنای لا یحلّ مال امرئ... اینست که: هرآنچه مربوط به مال غیر است، بدونِ رضای مالک حلال نیستٌ. چه تصرفات در مال غیر باشد، و چه تملّک مال غیر، پس از جملهٔ امور مربوط به مال الغیر، همین تملّک مالِ او است، و به حکم عموم حدیث، این نیز بدون رضای مالک جایز نیست. فالاستدلال تامّ.

قوله: ویمکن:

دلیل چهارم از ادلّهٔ لزوم، استدلال به ذیل آیهٔ تجارت است، آنجا که می فرماید: ولا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاّ ان تکون تجارةً عن تراض. [1]

کیفیت استدلال: آیه می فرماید: اموال یکدیگر را به باطل، اکل و تصرّف نکنید، سپس استثنائی از نفی می آورد که مفید حصر است، و آن اینکه: منحصراً در فرض تجارت همراه با تراضیِ طرفین اکل مال به باطل نیست، و ممنوعیّتی ندارد، و در غیر این فرض، اکل مالِ غیر حرام است. ولا شک در اینکه: رجوع و فسخِ مالک اصلی هیچیک از آندو نیست، نه تجارت است [رجوع و فسخ معامله را عرفاً تجارت نمی گویند بلکه فسخ و ابطالِ تجارت پیشین است.] و نه برفرض تجارت بودن، تراضی در او وجود دارد. [چون اگر هردو راضی بودند که اقاله بود و بحثی نبود، فرض اینست که: آخذ راضی نیست.] پس رجوع و اخذ مال و تصرف در آن، مجوّزی ندارد و از دائرهٔ حصرِ مذکور، بیرون است پس اکل مال به باطل بوده و ممنوع است. و اگر رجوع هم بکند بی فائده است. وهذا معنی اللزوم.



قوله: والتوهّم:

---

(۱) سورهٔ نساء، آیهٔ ۳۳.

نظیر اشکال دو حدیث قبل، در رابطه با این آیه هم مطرح است، و آن اینکه: آیه می فرماید: اموال یکدیگر را به باطل نخورید و تصرّف نکنید، و موضوع نهیِ لا تأکلوا، «اموالکم» است، و پس از رجوع مالک اصلی، معلوم نیست که: این مال، مال غیر باشد، بلکه شاید مالِ خودِ شخص شده است، پس موضوع محرز نیست، و با شک در آن، تمسّک به عَام از قبیل تمسک در شبهۀ مصداقیّه خواهد بود که قطعاً جایز نیست. [مگر از استصحاب مدد بگیریم که گذشت.]

مرحوم شیخ می فرماید: این توهّم در رابطۀ با آیه قابل جریان نیست، زیرا که [مجوّزِ اکل و تصرّف در مال غیر، دو عامل است:

۱ـ اباَحۀ تصرّف

۲ـ تجارت و تملیک

و آیۀ شریفه روی تجارت انگشت گذاشته و] مجوّز اکل را در تجارت همراه با تراضی منحصر نموده است، و منظور اینست که مجوّز اکل و تصرّف در مالی به عنوان اینکه ملک خود آکل و متصرّف باشد، نه مال دیگری، منحصراً تجارت با تراضی است و در رجوع مالک اصلی نیست، پس تصرّف مالکانه هم ندارد. و عموم آیه لطمه نخورده است.

قوله: ویمکن:

دلیل پنجم از ادلّۀ لزوم، استدلال به صدر آیۀ مذکور است یعنی مستثنی منه، یا جملۀ: ﴿**ولا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل**﴾.

کیفیت استدلال: از آن رهگذر که مخاطب به این آیه، عرف و عمومِ مردم می باشند.

منظورِ آیه چیزی است که عرفاً اکل مال به باطل باشد، [اکل کنایه از تصرّف است و باطلَ یعنی بیهوده و بدون مجوّزِ عرفی و برخلاف سیرۀ عقلائیه] و تردیدی نیست در اینکه: رجوع مالک اصلی بدون رضایت آخذ، و برگرداندن مال

مأخوذ، اکل مال به باطل است، و مشمول عموم آیه است، به این صورت:

رجوعِ مذکور اکل مال به باطل است «صغری»

اکل مال به باطل حرام و منهی عنه است«کبری»

پس رجوع مذکور حرام و منهی است «نتیجه»

پس مالکِ اصلی حقّ رجوع ندارد، و معنای لزومِ معامله هم همین است، زیرا اگر جایز بود، مالک اصلی حق داشت رجوع کند، و کارش متعلّق نهی نبود.

قوله: نعم:

مواردی هم وجود دارد که ولو عرفاً اکل مال به باطل به حساب می آید، ولی از آنجا که مالک حقیقی یعنی ذات مقدّس شارع [خداوند] اذن داده است، شرعاً اکل مال به حق است نه به باطل، و منهی عنه هم نیست، به عنوان نمونه، سه مورد را می آوریم:

۱ـ رهگذران و مسافران با حدود و شرائطی مجازند از میوه هائی که در مسیر آنان است، استفاده کنند، اگرچه مالک میوه ها و صاحب باغ راضی هم نباشد، ولی اذنِ مالکِ حقیقی مقدّم است، و نوبت به صاحب باغ نمی رسد.

۲ـ حق الَخیار موجب می شود تا هرکدام از طرفین معامله که ذی الخیار می باشند بتوانند معامله را فسخ کنند، اگرچه طرف مقابل راضی هم نباشد ولی مالک حقیقی و شارع مقدّس چنین اذنی داده است.

۳ـ اگر یکی از دو شریک، حصّهٔ خود را از ارضِ مشاع فروخت، شریک دیگر حق دارد اخذ به شفعه کرده و آن حصّه را به ملک خود منتقل کند، و تابع رضایت فروشنده یا خریدار هم نیست، یعنی اگر هم ناراضی باشند، چنین حقّی وجود دارد.

قوله: وغیر ذلك من الاسباب القهریّة:

[مانند مواردی که شرعاً معاملهٔ اکراهی جایز است و شخص مکرَه است که آن را انجام دهد، ولو مالک راضی نیست، ولی مالکِ حقیقی اذن داده است.]

قوله: مضافا:

دلیل ششم از ادلّهٔ لزوم: ادلّه ای که تا به حال عنوان شد، مربوط به مطلق تملیک ها و معاوضات بود، و اختصاص به بیع نداشت، ولی این دلیل مخصوص بیع است، و برلزوم آن دلالت می کند، و آن حدیث نبوی است:

البیّعان بالخیار ما لم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع.[1]

[البتّه روایاتی که به این مضمون وارد شده چندین روایت است، که در بعضی آمده: ایّما رجل اشتری من رجل بیعاً فهما بالخیار حتّی یفترقا، فاذا افترقا وجب البیع[2] که تعبیر به حتّی شده و برای غایت است.

و در بعضی آمده: البیّعان بالخیار حتی یفترقا. که تصریح به مفهوم غایت نشده و نفرموده: واذا افترقان مثل روایت صحیحه محمد بن مسلم، صحیحه زراره روایت علی بن اسباط، روایت حسین بن عمر بن یزید و ...[3]]

کیفیت استدلال: متعاطیین بیّعان هستند «صغری».

وبیّعان حق الخیار دارند تا زمانی که از هم جدا شوند «کبری».

پس متعاطیین هم تا زمان افتراق حق الخیار دارند، «نتیجه».

بیان صغری، قبلاً ثابت شد که معاطات بیع است، پس متعاطیین هم بیّعان یعنی بایع و مشتری هستند.

وامّا کبری: به دو بیان به احادیث مذکور، می توان استدلال کرد:

۱ـ همین صدر حدیث باشد و تصریح به مفهوم غایت نشده باشد: طبق این

---

(۱)وسائل الشیعه ج۱۲، ص۳۴۶، باب ۱ من ابواب الخیار، حدیث۳ و سنن ترمذی، ج۳، ص۵۴۷، حدیث۱۲۴۵.

(۲)وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۴۶، باب اوّل من ابواب الخیار، حدیث۴.

(۳)روایات ۱و۲و۵و۶، وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۴۶، باب اوّل از ابواب خیار.

فرض استدلال به مفهوم غایت خواهد بود، منطوق می گوید: تا مجلس باقی است و افتراق حاصل نشده، حق الخیار دارند ورجوع و فسخ جایز است، مفهومش اینست که: وقتی افتراق حاصل شد حق الخیار ندارند، و نمی توانند معامله ای را به هم بزنند، وهو المطلوب.

۲ـ بنابر روایاتی که تصریح به مفهوم غایت کرده و فرموده واذا افترقا وجب البیع استدلال به منطوق ذیل خواهد بود که صریحاً می گوید: همینکه از مجلس معامله تفرّق بالأبدان پیدا کردند، معامله واجب و لازم می گردد و هیچکدام حق فسخ ندارند، و هوالمطلوب.

قوله: وقد یستدلّ:

دلیل هفتم از ادلّهٔ لزوم، آیهٔ شریفهٔ اوفوا بالعقود[1] است:

مفاد آیه اینست: واجب است بر شما مؤمنان [به حکم امر اوفوا] که به عقدهایتان وفا کنید، [و از آنجا که امر به شیء مقتضی نهی از ضد است، منظور این می شود که پس حرام است عقدتان را نقض کنید و پیمانتان را بشکنید.]

کیفیت استدلال: معاطات عقد است «صغری»

و هر عقدی واجب الوفاء است «کبری»

پس معاطات هم واجب الوفاء است «نتیجه».

و اگر وفاء به معاطات واجب شد پس نقض آن حرام است، ولا ریب در اینکه: رجوع مالک اصلی بدون رضای دیگری نقض معاطات است، پس ممنوع است. وهو المطلوب.

قوله: بناءً:

در واقع این بیان اعتراضی است برصغرای مذکور.

و جواب آن: امّا اشکال: ما تابه حال آنچه شنیده ایم و مشهور می باشد

---

(۱)سورهٔ مائده، آیه۱.

آنست که: عقد به معنای ایجاب و قبول است، و معاطات دارای ایجاب و قبول نیست. پس از کجا می گوئید: المعاطاة عقدٌ تا مشمول کبرای کلّیِ مذکور در آیه باشد؟

امّا جواب: گرچه در اصطلاح فقهاء، معمولاً کلمهٔ عقد به قول و لفظ ایجاب و قبول، اطلاق می شود، ولی در اصل لغت و در استعمالات قرآن به معنای عهد آمده و عهد یعنی پیمان و تعهّد و التزام، و این معنی عامّ است، هر یک از تعهّد قولی و فعلی را شامل است، و معاطات هم تعهّد فعلی است، پس مشمول آیه می باشد.

البته بحثی است که آیا عقد به معنای مطلق عهد است؟ یا خصوص عهد مشدّد و مستحکم؟ از برخی روایات استفاده می شود که: عقد به معنای مطلق عهد است.

مانند صحیحهٔ عبد اللّه بن سنان: قال سئلت اباعبداللّه عليه‌السلام من قوله تعالی: اوفوا بالعقود، قال عليه‌السلام: العهود.[۱]

و از برخی اهل لغت استفاده می شود که: عقد به معنای خصوص عهد و پیمان مشدّد و مؤکّد است[۲] ولی هرکدام که باشد مهمّ اینست که: اختصاص به لفظ وقول ندارد، و معاطات را نیز شامل است. پس استدلال ایرادی ندارد.

قوله: وکذلك قوله:

دلیل هشتم از ادلّهٔ لزوم، روایاتِ المؤمنون عند شروطهم است، [در بعضی روایات آمده: قوله صلى‌الله‌عليه‌وآله: المؤمنون عند شروطهم[۳] و در بعض دیگر آمده: والمسلمون

---

(۱)تفسیر علی بن ابراهیم قمی، ج۱، ص۱۶۰.

(۲)القاموس المحیط، ج۳، ص۲۷۰.

(۳)وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۵۳، باب۶، حدیث۴، وباب۶ من ابواب الخیار، حدیث۱و۵، ص۳۵۳.

عند شروطهم ... [1] ویا فانّ المسلمین عند شروطهم ... و ... [2]]

مفاد این روایات شبیه مفاد آیهٔ وفـاء به عقد است، یعنی مؤمنین یا مسلمین نزد شرطهای خود هستند، یعنی به شرطهای خویش ملتزم و پایبند هستند، و اساساً مؤمن کسی است که اینگونه باشد، پس جمله خبریّه معنای انشائی دارد، یعنی برمؤمن واجب است که به التزامات خود عمل کند، وتخلّف از آن حرام است.

کیفیت استدلال: معاطات شرط است «صغری»

وهر مؤمنی باید به شرط خود وفا کند «کبری»

پس هر مؤمنی باید به معاطات خود وفا کند «نتیجه»

پس مالک اصلی حق ندارد رجوع کند و معاطات را بهم بزنند.

قوله: فان الشرط:

گویا کسی می گوید: از کجا و به کدام دلیل، معاطات یکنوع شرط است؟ در جواب می گوئیم: شرط در لغت عرب به معنای مطلق التزام است، پس التزامِ فعلی را هم شامل است، و معاطات التزام فعلی است. پس مشمول روایاتِ مذکور است. [البته مبسوطاً در باب خیارات خواهدآمد که آیا شرط مذکور در روایات مخصوصِ شرطهای ضمن العقد است؟ یا شروط ابتدائی را هم شامل است؟]

قوله: والحاصل:

نتیجهٔ تمامیِ وجوه ثمانیه آنست که: معاطات مفید لزوم است، و حکم به لزوم در مطلق ملک [چه از راه بیع و چه غیر آن] و در خصوص بیع، قابل انکار نیست.

قوله: الاّ انّ:

---

(۱) همان مدرك.

(۲) همان مدرك.

مرحوم شیخ در رابطه با افاده و عدم افادهٔ لزوم در معاطات، مراحلی را پیموده و قدمهائی رابرداشته اند: در قدم اوّل با هشت دلیل ثابت کردند که معاطات مفیدِ لزوم است و تا به حال این مرحله به پایان رسید.

در قدم دوّم که با کلمهٔ الاّ انّ... آغاز کرده اند، می فرمایند: چه کنیم که اجماع قائم شده براینکه: معاطات مفید لزوم نیست، و این ادّعای اجماع به بیانات مختلف است:

الف: شیخ اعظم می فرماید: الظاهر فیما نحن فیه قیام الاجماع...

ب: بلکه کاشف الغطاء ره در شرح قواعد صریحاً برعدم لزوم ادّعای اجماع کرده است.

ج: شهرت محقّقه [محصّله] نیز پشتیبان اجماعِ مذکور است. [و قبلاً هفت عبارت از بزرگان متقدم و متأخر آوردیم، مبنی براینکه: معاطات اصلاً مفیدِ ملک نیست.]

د: بلکه تا زمان برخی از متأخّر المتأخرین [به فرمودهٔ مرحوم شهیدی: مراد از این بعض جناب محقق اردبیلی و محدث کاشانی و محدث جزائری است[1]] احدی از فقهاء طرفدارِ لزوم نبوده اند. [پس می توان گفت: تا زمان این بزرگان، عدم لزوم، اجماعی بوده است.]

قوله: فانّ العبارة:

گویا کسی می گوید: شما به چه دلیل ادّعا کردید: تا زمان بعض مذکور، هیچکس طرفدارِ لزوم نبود، در حالی که شیخ مفید ره که معلّم الشیعه و از قدماء می باشد در کتاب مقنعه طرفدار لزوم بوده است؟

درجواب می فرمایند: همانگونه که علاّمه در مختلف[2] اعتراف کرده، ما

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۷۰.

(۲)مختلف الشیعه، ج۱، ص۱۷۰.

نیز معترفیم به اینکه: عبارت مفید در مقنعه، دالّ برلزوم نیست.

بیان ذلک: متن عبارت مفیده ره اینست:

ینعقد البیع علی تراضٍ بین الاثنین فیما یملکان التبایع له اذا عرفاه جمیعاً وتراضیا بالبیع وتقابضا وافترقا بالابدان[۱]

یعنی: بیع با شرائط ذیل منعقد می شود:

۱ـ تراضیِ میان دو طرف [منظور تراضیِ باطنی و طیب نفس در حال انشاء است]

۲ـ عوضین مالی باشند که طرفین مالکِ تبایعِ آن هستند. [ای ما کان لهما تسلّط علی بیعه وشرائه فیخرج بیع الخمر والخنزیر وامّ الولد والوقف والرهن ونحوها ممّا لا تسلّط لهما علی بیعه و شرائه، امّا لعدم المقتضی له او لوجود المانع، وبادراج کلمة التبایع یدخل بیع مال المولّی علیه والموکّل اذ للولّی والوکیل تسلّط علی بیع ما لهما.]

۳ـ طرفین علم به عوضین داشته باشند، «جمیعاً» یعنی: مال را با جمیع اوصافش بشناسند.

۴ـ تراضی به بیع هم داشته باشد. [یعنی طیب نفس در حال انشاء را اظهار کرده وبه زبان بیاورند.]

۵ـ تقابض هم حاصل شود. [دنبال انعقاد معامله قبض و اقباض هم بیاید.]

۶ـ تفرّق بالابدان: یعنی مجلس معامله بهم خورده و طرفین از هم جدا شوند.

[به قول مرحوم شهیدی: فیکون معنی عبارته ره هکذا: ینعقد ویوجد البیع والتملیک والتملّک علی تراضٍ بین الاثنین ومع طیب نفسهما بالبیع باطناً وعدم کونهما مکرهین علیه، فی عینٍ ومال یملکان التبایع له ویتسلّطان ذاك الاثنین

(۱)مصنفات الشیخ المفید، ج۱۴، ص۵۹۱.

احدهما علی بیع ذاك المال والاخر علی شرائه، اذا عرفاه جمیعاً ولم یکن مجهولاً عندهما، وتراضیا بالبیع وانشاؤا رضائهما بالبیع واظهر ارضائهما باطنابه وتقابضا بعد ایجاب البیع وانشائهما التراضی به ولو فیما اذا کان الایجاب والانشاء باللفظ لا بالتقابض، وافترقا بالابدان.[1]]

کیفیت استشهاد به این عبارتِ مفید ره برای لزوم: فانّه مع کونه فی مقام بیان شرائط الصحة واللّزوم للبیع المراد منه فی قوله: وینعقد البیع، جنسه، لم یتعرض باشتراط اللفظ، فیستظهر منه انّه لیس شرطاً فی اللزوم ایضاً.

قوله: ویقوی:

این فراز در واقع دلیل مرحوم شیخ برعدم دلالت عبارت مفید ره برلزوم، است:

و آن اینکه: به احتمال قوی، شیخ مفید ره در مقام بیان شروطِ صحّت عقد بین الاثنین است، و اینکه پس از درست شدن صحت، عقد مذکور با شروطی تأثیر در لزوم هم می گذارد. و منظور از عقد همان بیع قولی است. نه معاطات.

[و در یک کلام، شواهدی وجود دارد که مراد مفید ره بیع قولی است نه معاطاتی.

۱ـ تعبیر به ینعقد: یعنی معامله منعقد می شود، و انعقاد اعمّ است از اینکه فقط صحیح و جایز باشد یا لازم هم باشد، و مخصوصِ لزوم نیست.

۲ـ تعبیر به بیع: که طبق بعض از معانی بیع، ظهور در ایجاب و قبول و عقد دارد، و طبق بعض دیگر هم قدر متیقن همین بیع قولی است.

۳ـ کلمهٔ و تقابضا: که اگر معاطات مراد ایشان بود، این تعبیر صحیح نبود که بگوید: و ینعقد البیع و... و تقابضا. که تقابض را شرط انعقاد بیع قرار دهد،

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۷۰و۱۷۱.

زیرا معاطات نفس همین تقابض است، و شیئ شرط خودش واقع نمی شود. پس عبارتِ مفید هم نص یا ظاهر در لزوم نیست. پس تا زمان بعض المتأخرین کسی طرفدار لزوم نبوده.]

قوله: وکأنّه:

شاید بخاطر همین برداشت باشد که مرحوم کاشف الرموز در کتاب کشف الرموز[1] از مرحوم شیخ طوسی و از خود شیخ مفید چنین نقل کرده: به نظر ایندو از شروط مسلّم بیع لفظ مخصوص است و اگر نباشد اصلاً بیع منعقد نمی شود.

هـ: قوله: و قد تقدّم:

ابن زهره نیز ادّعای اجماع کرده براینکه: معاطات اصلاً بیع نیست. [قبلاً عبارت ایشان گذشت.] این عبارت نصّ در عدم لزوم است.

[زیرا که لزوم فرع بربیع بودن و افادهٔ ملک است، و وقتی بیع نبود، به طریق اولی لزوم هم نیست.] البته ظاهر این عبارت اینست که: معاطات اصلاً مفیدِ ملک هم نیست، و ممکن است کسی بگوید: این جمله به ضرر خود شما است، چون شما معاطات را مفید ملک می دانید و ایشان می گوید: اصلاً بیع نیست، پس مفید ملک هم نیست، ولی این ظاهر به ضرر ما تمام نمی شود و لطمه ای به مدّعای ما نمی زند [زیرا ما دلائل قوی برملکیّت آوردیم.]

و: محقق ثانی هم در جامع المقاصد فرموده: در عقود لازمه بالاجماع لفظ معتبر است[2] [عکس نقیض کلام آنست که: در معاطاتی که لفظ ندارد، لزوم هم نیست. پس معاطات مفید لزوم نیست.]

پس از بیان اجماعات مذکور می گوئیم: اوفق به قواعد و عموماتِ مذکور،

---

(۱) کشف الرموز، ج۱، ص۴۴۶.
(۲) جامع المقاصد، ج۴، ص۳۰۹.

لزوم مطلق معامله است [قولی و فعلی] ولی به حکم اجماعات مذکور، خصوص معاملهٔ فعلی [معاطات] مفیدِ لزوم نیست. و چون اجماع دلیل خاصّ است، بردلیل عام [عمومات ثمانیه] مقدم می شود، و به برکت اجماع آن عمومات را تخصیص می زنیم، پس معاطات از آن عمومات استثناء شده و بدلیل خاص مفید لزوم نیست.

قوله: نعم:

در قدم سوّم به دو بیان، اجماعات مذکور را توهین کرده و از صلاحیّت استدلال می اندازند، و مجدّداً به عموماتِ لزوم برمی گردند:

بیان اوّل: علاّمه ره در سه کتابش سه تعبیر دارد که کاشف از نبود اجماع است:

۱ـ در تذکره فرموده: نزد امامیّه قول اشهر آنست که: در بیع صیغه لازم است[۱] [و تا نباشد، صحت و لزومی نیست.] حال تعبیر به اشهر دلیل آنست که قول مقابل، قول مشهور و قابل توجهی است. و عدّهٔ زیادی هم برآنند که: صیغه لازم نیست، و بدون آن هم معامله صحیح و لازم است. و افعل التفضیل این نقش را دارد، و اگر قول مخالف شاذّ و نادر بود، تعبیر به اشهر نمی کرد بلکه مشهور می فرمود. [علی الخصوص از شخصیتی مثل علاّمه که خرّیت فن است.]

۲ـ در کتاب مختلف فرموده: اکثرِ فقهاء امامیه برآنند که: صیغه لازم است[۲]

باز در قبال اکثر، کثیر است، یعنی عدّه زیادی هم طرفدار لزوم صیغه نیستند. و بدون آن هم معامله را صحیح و لازم می دانند.

۳ـ در کتاب تحریر فرموده: اقوی اینست که: معاطات مفید لزوم نیست.

---

(۱)تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.

(۲)مختلف الشیعه، ج۱، ص۱۷۰.

یعنی در مقابل قول قوی برافادهٔ لزوم، وجود دارد. [1]

حال با این تعابیری که از علاّمه نقل شد، انسان مطمئن می شود [شهادت عدل این اطمینان را می آورد] که عدم افادهٔ لزوم در معاطات، اجماعی نیست. و وقتی اجماع نشد، مخصّصی برای عمومات لزوم نیامده، پس کما کان معاطات مفید لزوم است.

بیان دوّم: قوله: ثم لو فرضنا:

برفرض بپذیریم که قول به عدم لزوم اجماعی است، و علماء بالاجماع معاطات را مفید لزوم نمی دانند، ولی بازهم خصوصیّتی در ما نحن فیه وجود دارد که اجماع مذکور را موهون می کند، و آن خصوصیت اینست که: کثیری از فقهاء و بلکه اکثر آنان اساساً معاطات را مفید ملک ندانسته و تنها مفید اباحه می دانند، و نزد این جماعت مسئلهٔ لزوم، سالبه به انتفاء موضوع است، چون موضوع لزوم که ملک باشد منتفی است، و تنها برخی از متأخرین سخن از ملکیت به زبان آورده اند [محقّق ثانی و جماعتی]

حال با توجّه به ویژگی مذکور، می گوئیم: چنین اجماعی نه کاشف قطعی از رأی معصوم است و نه حتّی کاشف ظنّی است، پس ارزشی ندارد، زیرا از کجا معلوم که مشهور اگر طرفدار ملک می بودند، فتوی به لزوم نمی دانند؟ باید فرض را بگونه ای درست کنیم که: همگان با اینکه ملک را معتقدند، لزوم رامنکرند، تا عدم لزوم اجماعی شود.

ولی چنین نیست، خیلی ها چون اصل ملک را قبول ندارند، صحبت از لزوم هم ندارند، و ای چه بسا اگر اصل ملک را قائل بودند، لزومی بودند نه جوازی، [و به قول مرحوم شهیدی: انّما یفید اجماعهم علی عدم اللزوم علی تقدیر افادتها الملک وهو غیر معلوم اذ یمکن ان یختار اللزوم بعض الاکثر القائلین

(۱) تحریر الاحکام، ج۱، ص۱۶۴.

بعدم الملک او کلهم علی تقدیر افادتها الملک.[1]]

نتیجه: در فراز قبلی خواستیم با اجماعات منقول، عمومات لزوم را تخصیص بزنیم، ولی در این فراز به دو بیان اجماعات موهون شد، پس کما کان عموماتِ لزوم، محکّم است.

قوله: نعم:

در قدم چهارم می گوئیم: از راه اجماع بسیط که نتوانستیم نتیجه ای بگیریم، حال ممکن است کسی از راه اجماع مرکب پیش آید، و آن اینکه: علماء دو گروهند:

۱ـ گروهی طرفدار ملک جایز هستند. [محقق ثانی و ...]

۲ـ و گروهی اصلاً قائل به ملک نیستند و طرفدار اباحهٔ تصرف می باشند. [مشهور]

و کلام هردو گروه بالملازمه، ملک لازم را ردّ می کند، پس قول به لزوم مستلزم خرق اجماع مرکّب و احداث قول ثالث است، و جایز نیست، آنگاه به حکم اجماع مرکب، عموماتِ لزوم را تخصیص می زنیم و نتیجه می گیریم که: معاطات مفید لزوم نیست.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: اوّلاً فقهاء در مسئله ذات القولین نیستند بلکه عدّه ای [مرحوم کاشانی ـ جزائری و ...] طرفدار لزوم هستند، پس اجماع مرکّبی نیست، و ثانیاً اگر اجماع بسیط نتوانست کاشف از رأی معصوم باشد، اجماع مرکب بطریق اولی کاشف نخواهدبود. [به همان بیانی که ذکر شد که برای عدّهٔ زیادی لزوم از باب سالبه به انتفاء موضوع است ...]

قوله: وکیف کان:

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۷۱.

مقدّمه: در باب اجماع و طریق کشف آن از رأی معصوم مبانیِ زیادی وجود دارد که در کتب اصولی مطرح شده و اهمّ آنها سه مبنی است:

۱ـ مبنای سیّد مرتضی و محقق اوّل و صاحب معالم و... اجماع دخولی است، و به مناط دخول امام در ضمن مجمعین آن را حجّت می دانند. این طریقه شرائط خاص خود را دارد.

۲ـ مبنای شیخ طوسی و فخر الدین و شهید اوّل و... اجماع لطفی است، و به مناط قاعده لطف از اتّفاق فقهاء عصر، رأی امام عليه‌السلام را استکشاف می کنند، که این نیز ویژگیهای خاصّ به خود را دارد.

۳ـ مبنای مشهور متأخرین از محققّ قمی و شیخ انصاری و... اجماع حدسی است یعنی از راه اتّفاقِ جمیع علماء در جمیع اعصار و قرون، امصار و بلاد، حدس قطعی به رأی معصوم می زنیم و یقین می کنیم که این حکم از رئیس مذهب و شارع مقدس به آنان رسیده است. که این نیز مشخصّات خودش را دارد.

با این مقدّمه می گوئیم: وکیف کان یعنی چه اجماع بسیط مراد باشد و چه مرکب، برمبنای مشهور قدماء [طریقه لطف یا دخولی] تحصیل اجماع آسان است و کافی است که اتفاق علماء عصر رابدست آوریم، یا اتفاق گروهی که در میان آنان مجهول النسب وجود دارد و موجب قطع اجمالی به بودن امام عليه‌السلام در میان آنان است را بدست آوریم، ولی برمبنای متأخرین، با توجّه به قضیّهٔ سالبه به انتفاء موضوع بودنِ ملک و...، تحصیل اجماع و حدس قطعی به رأی معصوم عليه‌السلام مشکل است.

پس تا اینجا دلیلی که مخصّص عموماتِ لزوم باشد، پیدا نشد. پس همچنان معاطات مفید لزوم است.

قوله: وبالجمله:

از اینجا تا بقی الکلام... در واقع خلاصه ای است از مطالبی که تا به حال در

مقام ثانی [افادهٔ لزوم] مطرح شد، و سپس نتیجه گیری از بحث است، بیان ذلک:

مرحوم شهید ثانی در مسالک [۱] فرموده: بعض از فقهاء در افادهٔ لزوم مطلق لفظ را [چه لفظ خاصّی که دالّ بر انشاء تملیک است و توسّط آن انشاء بیع می شود، و چه الفاظ دیگری که دالّ بر تراضی به معامله می باشند از قبیل: خذ هذا واعطنی و ...] معتبر ندانسته اند، یعنی معقتدند که معاطات هم مفید لزوم است.

[منظور شهید ره شیخ مفید و بعض مشایخ شهید است که سید حسن ... باشد و در اوّل معاطات عنوان شد.]

سپس فرموده: چقدر این نظریّه زیبا و پسندیده است، و چقدر دلیل آن متین و متقن است، [منظور همان عمومات است که قبلاً آوردیم: اوفوا بالعقود، الناس مسلطون، اصالة اللزوم و ...]

البتّه اگر برخلاف این قول، اجماعی منعقد نشده باشد [وگرنه قول مقبول نیست و اجماع دلیل خاص است و عمومات لزوم را تخصیص می زند.]

مرحوم شیخ می فرماید: فرمایشات شهید ثانی بی نهایت متین و زیبا است. سپس می فرماید: اگر کسی از ما بپرسد: آیا اجماع برخلافی که شهید بدان اشاره کرده، داریم یا نه؟ من می گویم: گرچه اجماع محقّق و محصّلی که مفید قطع به رأی معصوم علیه السلام باشد، نداریم، ولی اجماع مظنون داریم بدین معنی: ما ظن قوی داریم [با توجه به آنهمه ادّعای اجماعی که از سوی بزرگانی از قبیل: کاشف الغطاء، سید بن زهره، محقق ثانی و ... شد.] به اینکه عدم لزوم در معاطات اجماعی است.

البته در فرضی که لفظ دالّ برانشاء تملیک یافت نشود [از قبیل بعت و قبلت، اشتریت وبعت، بعْنی وبعتک و ...]خواه لفظی باشد ولی بوسیلهٔ آن انشاء تملیک نشود و دالّ بر معامله نباشد، بلکه از قرائنی باشد که دلالت کند بر تراضی به

(۱) مسالک الافهام، ج۳، ص۱۵۲.

معامله و معامله به نفس معاطات و تقابض انجام پذیرد، [از قبیل: خُذ هذا الدرهم واعطنی و ...] و خواه اصلاً لفظی در میان نباشد.

قوله: وقد یظهر:

این فراز شواهدی است برظنّ به اجماع: [علاوه بر شهادت اجماعات مذکور که چند سطر قبل اشاره شد] غیر واحدی از اخبارهم ظهور دارند در اینکه در لزوم انشاء لفظی لازم است. [شاید منظور اخبار بیع مصحف و مانند آن باشد که در خاتمهٔ مکاسب محرّمه گذشت، و شاید منظور اخباری باشد که در بقی الکلام ... در ادامه خواهد آمد.]

و نه تنها اخبار مذکور ظهور در اعتبار لفظ دارند، بلکه از آنها استفاده می شود که: در میان اهل بازار و تجّار و بازرگانان، این مطلب مرسوم و متعارف بوده که به مجرّد تعاطی اکتفاء نکرده و ایجاب بیع را با لفظ انجام می دادند، و بلکه می توان ادّعا کرد: سیرهٔ مستمرّه براین قائم شده که: در معاملات خطیره [اشیاء گرانقیمت، نظیر: ماشین، منزل، طلا و ...] که بنابر عدم رجوع است و طرفین از اوّل خود را ملتزم به عدم رجوع می دانند [نوعاً] به مجرّد تراضی طرفین اکتفا نمی کنند و از الفاظ استفاده می کنند.

قوله: نعم:

تبصرهٔ اوّل: گاهی به این مقدار اکتفا می کنند که دست به یکدیگر داده و فروشنده می گوید: بارك الله لک، یا در فارسی می گوید: انشاء الله مبارك باشد، به خوبی و خوشی از آن استفاده کنید، خیرش را ببینید و ... ولی به هر حال تعاطیِ صرف نیست بلکه قول هم وجود دارد.

قوله: نعم:

تبصرهٔ دوّم: البته در اشیاء حقیر [از نظر ارزان بودنِ آنها: مثل: آب، سبزی، نان و ...] به مجرّد تعاطی هم اکتفا می کنند [فرضاً واردَ نانوائی می شود و

قطعه نانی را برمی دارد و در قبال آن مقدار معیّنی از پول را در دَخْل نانوائی گذاشته و می رود.] و خود را ملزم به عدم رجوع نمی بینند، و بلکه اگر کسی در فرض بقاء عوض و معوض ازرجوع در این امور امتناع بورزد کار او را منکر شمرده و براو اعتراض می کنند[و معمول اینست که: مشتری وقتی اینطور چیزی را برمی گرداند، و فروشنده قبول کرده و پس می گیرد و وجه آن را به مشتری ردّ می کند.] پس از اجماع منقول و اخبار مشارُالیها و سیرهٔ مذکور، ظنّ به وجود اجماع برعدمِ لزوم پیدا می شود. [امّا نتیجه چیست؟ آیا اجماع مظنون می تواند مخصّصِ عمومات لزوم باشد؟ گرچه مرحوم شیخ احتیاط می کنند، ولی طبق فرمایش خود ایشان در رسائل: ظنّ و گمان حجّت نیست و اصل اوّلی حرمت اتباع الظّن است، الاّ ما خرج بالدلیل، و در اینجا دلیل معتبری در بین نیست، پس نباید بخاطر این ظنون از آن ادلّهٔ قاطع برافادهٔ لزوم، رفع ید شود.]

قوله: نعم:

در واقع در این فراز جمع بندی کرده و نظر خود را ابراز می کنند:

بطور کلّی سه وجه وجود دارد:

۱ـ اصلاً در افادهٔ لزوم، لفظ معتبر نیست و تعاطیِ صرف هم کفایت می کند.

۲ـ در افاده لزوم خصوص لفظ بعتُ وقبلت و... کافی است، نه مطلق اللفظ.

۳ـ رأی مرحوم شیخ اینست: در لزوم لفظ باید باشد، ولی لفظ خاصّ هم لازم نیست، بلکه مطلق انشاء قولی [بابعت وقبلت یا با ملّکتنی اياه و ملکتکّ و...] کفایت می کنند، و دو دلیل هم می آورند:

۱ـ سیره: منظور همان تعارف عند اهل السوق و عدم اکتفاء در معاملات خطیره است و یا عقلاء عالم دارای هر زبان و لغتی که باشند با الفاظی ولو در حدّ:

بارك الله لک و ... معامله می کنند.

۲ـ بسیاری از اخبار که در باب شروط صیغه خواهد آمد [به قول مرحوم سیّد: وهی الاخبار الواردة فی بیع الآبق مع الضمیمة وفی بیع اللبن فی الضرع وفحوی الاخبار الواردة فی النکاح المشتملة جمیعاً علی الایجاب بلفظ المضارع وفحوی الاخبار الواردة فی النکاح المشتمله علی الایجاب بنعم والقبول بالامر. [1]]

[پس جناب شیخ در مقام اوّل طرفدار ملکیت شدند و معاطات را مفید ملک دانستند و در مقام ثانی طرفدار عدم لزوم شدند و معاطات محض را مفید لزوم ندانستند، پس ایشان هم مثل محقق ثانی برآنند که: معاطات مفید ملک جایز است، و امّا چه عواملی موجبِ لزوم آن می گردد؟ بعداً تحت عنوانِ ملزِمات معاطات در تنبیه ششم خواهد آمد.]

قوله: بقی الکلام:

در پایان روایتی را مطرح می کنند که فقهاء در باب معاطات، بدان استناد نموده و مورد بحث قرار داده اند، گاهی به برکت این حدیث نتیجه گرفته اند: پس معاطات معامله فاسده است و نه تنها مفید لزوم یاملکیت نیست، بلکه مفید اباحهٔ تصرف هم نیست و وجودش کالعدم است. [چون محلِّل و محرِّم را در کلام منحصر کرده است و مفهوم حصر کلام آنست که: پس غیر کلام محلّل و مجوز نیست، و معاطات غیر کلام است پس مجوّز نیست.]و گاهی برای اثبات عدم لزوم [ملکیت جایزه] از آن استفاده کرده اند چنانکه صاحب ریاض این کار را کرده [2] و دلیل وی جمع میان ادلّه است.

بیان ذلک: یکطرف ادلّه ای داریم که معاطات را موجبِ لزوم می دانند

---

(۱)حاشیة السیّد ره علی المکاسب، ص۷۴و۷۵.

(۲)ریاض المسائل، ج۱، ص۵۱۱.

[همان ادلّهٔ هشتگانه ای که ذکر شد.] و طرف دیگر هم این خبر و امثال او را داریم که معاطات را به کلی باطل و بی اثر دانسته و محلّل را در کلام منحصر کرده، والجمع مهما امکن اولی من الطرح.

لذا صاحب ریاض فتوی به ملک جایز داده و حدّ وسط را گرفته تا به هردو دلیل عمل شود. [که در واقع به ظاهر هیچکدام عمل نشده و هردو را تأویل برده اند.] و آن خبر عبارتست از قول امام عليه السلام انّما يحلّل الكلام ويحرّم الكلام.

مرحوم شیخ می فرماید: برای اینکه کاملاً بشود حدیث را توضیح داد و حق مطلب را ادا کرد، ابتداء باید متن حدیث را بطور کامل بیاوریم، و آن اینکه:

مرحوم ثقة الاسلام کلینی در کافی شریف در باب «بيع ما ليس عنده» نقل کرده است. (۱) [منظور اینست که: شخصی متاعی را که نزد او نیست، یعنی ملک دیگری است، قبل از آنکه از صاحبش خریداری کند، بدیگری می فروشد، سپس می رود و از صاحبش خریداری نموده و تحویلِ مشتریِ اوّل می دهد. این را بیع ما لیس عنده می گویند، و در آینده روایاتی خواهیم داشت مبنی بر اینکه: لا تبع ما ليس عندك، وخلاصه: این بیع باطل است.]

و مرحوم شیخ طوسی در کتاب تهذیب در باب بیع نقد و نسیه آورده است. (۲)

[وجه مناسبت: شخصی می خواهد هم به ربح و سودی برسد و هم مرتکب ربا نشود، لذا چنین معامله می کند، مثلاً پارچه ای را از کسی که نیاز فعلی به پول دارد نقداً به یکدرهم خریداری می کند و مجدداً فی المجلس به صاحبش به طور نسیه به دو درهم می فروشد، آنهم با شرط ضمنی، یعنی در ضمن معامله اوّل شرط بیع نسیه کذائی می کند، و چنین معامله ای هم باطل است.]

---

(۱) الکافی، ج۵، ص۲۰۱، حدیث۶.

(۲) تهذیب الاحکام، ج۷، ص۵۰، حدیث۲۱۶.

واما حدیث: عن ابن ابی عمیر عن یحیی بن الحجاج عن خالد بن الحجاج او ابن بخیج [مرحوم سیّد ره فرموده: وهو بالموحدة المضمومة والخاء المعجمة والیاء ثم الجیم وعن المجلسی فی حواشی الکافی: انّ خالد بن نجیح مجهول، ثم انّ الترديد بينه وبين خالد بن الحجاج قد نُشأ من اختلاف النسخ المصحّحة من الكافي، وعن العلاّمة في ايضاح الاشتباه، خالد بن نجيح بالنون المفتوحة والجيم والحاء المهملة اخيراً...[1]]

راوی می گوید: به امام صادق عليه‌السلام عرض کردم: مردی نزد من می آید، و به من می گوید: فلان پارچه را برای من خریداری کن و فلان مبلغ سود به تو می دهم. [چه حکمی دارد؟] امام عليه‌السلام فرمود: آیا چنین نیست که اگر بخواهد می گیرد و اگر بخواهد ترك می کند؟ [یعنی آیا اختیار دست آن مرد نیست که پس از خریدن شما هم اگر خواست معامله می کند و برمی دارد و الاّ فلا؟] عرض کردم: آری چنین است.

امام فرمود: اشکالی ندارد، سپس فرمود: انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام.[2]

علاوه برروایت مذکور، روایات دیگری هم به مضمون آن وارد شده که در آنها کلمهٔ انّما یُحلّل نیامده و تنها کلمهٔ: انّما یحرّم الکلام آمده است.[3]

تمام این روایات دلالت دارند براینکه: اگر قبل از خریدن آن شیئ و پارچه مثلاً با دیگری معامله کند و ایجاب بیع کند، بیع ما لیس عنده است و معامله باطل است، ولی اگر مجرّد مواعده [و عدهٔ ربح دادن، که اگر خریدی و به من فروختی فلان مبلغ سود می دهم.] و مقاولة [گفتگوی قبل از معامله: اشترلی

---

(۱) الحاشية للسيّد على المكاسب، ص۷۵.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۷۶، باب هشتم از ابواب احکام عقود حدیث/۴.

(۳) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص۳۷۵تا۳۷۹، باب ۸ ملاحظه شود و روایات باب مزارعه ج۱۳، ص۲۰۰، باب۸، حدیث۴و۶و۱۰.

هذا الثوب و ...] باشد، اشکالی ندارد.

قوله: ونقول:

مرحوم شیخ می فرماید: فعلاً با صدر حدیث کاری نداریم و ذیل حدیث که جملهٔ: «انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام» دارد، از حیث معنی دارای چهار احتمال است:

احتمال اوّل: منظور از کلام در هردو مقام [تحلیل و تحریم] لفظی باشد که برتحریم یا تحلیل، دلالت می کند، و مقصود امام علیه‌السلام اینست که: حتماً باید محلّل کلام باشد و محرّم نیز منحصراً باید کلام باشد و به زبان آید فی المثل تحلیل مرئه باید به گفتنِ صیغهٔ انکحت، زوّجت، متعّتُ باشد. و تحریم او نیز به گفتنِ صیغه انتِ طالقٌ و مانند آن باشد، پس منحصراً کلام و لفظ، حلال کنندهٔ امری است. و کلامَ دیگر حرام کنندهٔ شیئی است.

بنابراین قصد و نیّت باطنیِ صِرفْ و خالی از کلام، محلّل یا محرّم نیست. [فی المثل در ذهنش خطور کند کَه با فلانی ازدواج نماید، در دل نیت کند که همسرش مطلّقه باشد و... کافی نیست.] و نیز قصد باطنی همراه با فعلی از افعال که کاشف از نیّت باطنی باشد، کافی نیست. [مثلاً در دل نیّت طلاق دارد، در عمل هم پارچه ای برروی زوجه می افکند و منظورش اینست که: خودت را از من بپوشان، تو مطلّقه هستی و... کافی نیست.] بلکه حتماً باید نیّت باطنی را بالفظی و قولی و کلامی ابراز کند. [ارادهٔ مبرَزه بالقول]

احتمال ثانی:

مراد از کلام در هردو فراز [تحلیل و تحریم] لفظ به همراه معنی و مضمونش باشد. [همانطور که در مَثَل می گوئیم: این کلام صحیح است. یعنی مؤثر در مقصود است، و به اعتبار معنی، چنین گفته می شود. یا فلاّن کلام فاسد است، یعنی اثر مقصود برآن مترتّب نمی شود، باز به اعتبار معنی است. مثلاً در

بیع، ملکتُ وبعتُ کلام صحیح است و وهبتُ و ... ولو مع قصد البیع، کلام فاسد است.] نه لفظ تنها و مجرّد اصواتی که از دهان بیرون می آید و برمخارج فم تکیه دارد. [آنگونه که در علم تجوید منظور است.]

و منظور امام علیه السلام از جملهٔ انّما یحلّل ... طبق این احتمال، آنست که: ای چه بسا گوینده، مطلب و مقصود واحدی دارد ولی حکم شرعیِ آن از حیث حلیّت و حرمت، متفاوت است و منشأ تفاوت هم اختلاف در مضامین و مفاهیمی است که با کلام ادا می شود.

فی المثل اینکه زنی مردی را بربُضع [بهره و استمتاع] خود برای مدّتی مسلّط بگرداند، و خود را در اختیار مردی قرار دهد و خلاصه به عقدمنقطع به زوجیّت مردی درآید، مطلوب واحدی است که عقلاً و عرفاً با هریک از کلمات ذیل میّسر است:

۱ـ ملّکتک بُضعی، یعنی بضع خود را به تو تملیک کردم به کذا و کذا برای یک ماه.

۲ـ سلّطتک علی بضعی، یعنی تو را بربُضع خود مسلّط گردانیدم...

۳ـ آجرتک نفسی ... یعنی برای فلان مدّت خودم را به تو اجاره دادم.

۴ـ احللتُ نفسی لک، یعنی برای مدتی خود را برتو حلال کردم.

۵ـ متعتک نفسی بکذا ... یعنی خود را برای مدتی به تو تمتیع کردم...

ولی از نظر شرعی، از صیغ مذکور، چهار صیغهٔ اوّل محرّم است یعنی کلام فاسد است و اثر مقصود برآن مترتّب نمی شود، و صیغهٔ پنجمی محلّل است یعنی کلام صحیح است و اثرِ مقصود برآن مترتّب می شود.

[در احتمال اوّل دو نوعِ کلام و لفظ برای دو نوع مقصود بود وهردو هم مؤثر بودند، مثل انکحتُ و ... که محلّل و مؤثّر در زوجیّت بود، و انت طالق که محرّم و مؤثر در بینونت و فراق بود، ولی در احتمال ثانی دو دسته لفظَ برای یک

مقصود است و یکی مؤثر بود در حلیّت و دیگری یا دیگر الفاظ مؤثر نبودند.]

قوله: وعلی هذا:

در چندین روایت از روایات باب مزارعه کلمهٔ انّما یحرّم الکلام تنها ذکر شده و به همین احتمال ثانی معنی می شود و با آن متناسب است، به عنوان نمونه یکی از آن روایات را می آوریم:

شیخ طوسی در تهذیب از ابن محبوب از خالد بن جریر از ابی الربیع شامی از امام صادق علیه‌السلام چنین آورده: از حضرتش سئوال شد: مردی در زمین مرد دیگر کشت وزرع می کند، و زارع با مالک ارض در متن عقد مزارعه چنین شرط می کند: $\frac{1}{3}$ محصول برای بذر باشد، $\frac{1}{3}$ هم برای گاو باشد [کنایه از اینکه $\frac{2}{3}$ محصول را من بردارم و $\frac{1}{3}$ دیگر را به مالک ارض بدهم.]

امام علیه‌السلام فرمود: سزاوار نیست که نام بذر و گاو را ببرد و بجایِ آن به مالک و صاحب زمینی بگوید: من در زمین شما زراعت می کنم و فلان مبلغ از محصول [$\frac{1}{3}$ یا $\frac{1}{2}$ و یا هرچه را که تراضی کنند و قرارداد ببندند.] مال شما باشد، و نامی از بذر یا بقر نبرد.

سپس حضرت علیه‌السلام تعلیل آوردند به اینکه: انّما یحرّم الکلام [1] [یعنی مقصود واحد است و آن اینکه $\frac{1}{3}$ محصول از آن صاحب الارض و $\frac{1}{2}$ آن از آن زارع باشد ولی اگر این مقصود واحد را به این شکل ادا کند که $\frac{1}{3}$ برای بذر و $\frac{1}{3}$ برای گاو و... محرّم است و عقد باطل می شود و اگر به این بیان بگوید: ازرع فی ارضک ولک منها ثلث و... محلّل است و عقد صحیح می شود.]

احتمال سوّم:

مراد از کلام درهردو فراز، [تحلیل و تحریم] کلام واحد باشد، یعنی منحصراً کلام واحد و خاصّ است که هم محلّل می باشد و هم محرّم، [منتها این

---

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۲۰۱، باب۸ من کتاب المزارعة حدیث۱۰.

سئوال مطرح می شود که: چگونه است که کلام واحد نسبت به مقصود واحد، هم محلّل است و هم محرّم؟ مگر ممکن است کلام واحد دو اثر و نتیجهٔ متعاکس داشته باشد، یعنی هم محلّل و هم محرّم باشد؟ در جواب می فرماید:] محلّل و محرّم بودنِ کلام واحد نسبت به مطلوب واحد، دو صورت دارد:

۱ـ تحریم و تحلیل به لحاظ وجود و عدم آن کلام باشد، یعنی در بعض موارد، وجودِ کلام محلّل و عدمِ آن محرّم است. [مثلاً وجود انکحتُ وزوّجتُ، موجبِ حلیّتِ مرئه است، و نبود صیغهٔ نکاح، سبب حرمتِ مرئه است.]

و در پاره ای موارد، مطلب، بالعکس است، یعنی عدمِ کلام، محلّلِ و وجودِ آن محرّم است [مثلاً در باب طلاق، وجود صیغهٔ طلاق باعث حرمتِ زن برمرد می شود، و نبود آن موجب حلالیّت زن برمرد است.]

[و در ما نحن فیه به این صورت است که: قبل از خریدنِ پارچه، با مشتریِ دوّم اگر انشاء بیع کند و بگوید: «بعتُ» وجودِ آن محرّم است. و اگر انشاء بیع نکند، عدم صیغهٔ بیع، محلّل است.]

۲ـ تحلیل و تحریم کلامِ واحد نسبت به مطلوب واحد، به لحاظ در محلّ بودن و در غیر محلّ بودن است، یعنی کلام اگر بجا و به موقع و با همهٔ شرائط گفته شود محلّل و یا محرّم است، و اگر بیجا و بدون مراعاتِ شرائط گفته شود، محلّل یا محرّم نیست.

[مثلاً اگر صیغهٔ نکاح پس از انقضاء عدّه، انجام پذیرد، محلّل است و اگر در حال عدّه انشاء شود محرّم است. و یا مثلاً صیغهٔ طلاق اگر در حال حیض انجام پذیرد محلّل است، چون طلاق باطل بوده و مؤثر درحرمتِ زن برمرد نیست، و اگر در زمان طهر و پاکی انجام بگیرد، محرّم است.]

[و در ما نحن فیه: اگر صیغهٔ بیع قبل از خریدن و مالک شدن، ایجاد شود،

محرّم است چون بیع ما لیس عنده است. واگر پس از اشتراء از مالک اصلی، با مشتریِ دوّم ایجابِ بیع را انجام دهند، محلّل است.]

قوله: ویحتمل:

روایاتِ باب مزارعه[1] قابل حمل براین معنای سوّم، می باشند[می توان گفت: مرادَ اینست که: اگر عامل مزارع به صاحب الارض بگوید: زراعت می کنم مشروط براینکه $\frac{۲}{۳}$ محصول از آنِ من و $\frac{۱}{۳}$ از آن تو باشد، این کلام محلّل است، و اگر این را نگوید، عقد مزارعه منعقد نشده و محرّم است. و نیز اگر زارع بگوید: زراعت می کنم بنابراینکه $\frac{۲}{۳}$ مال من باشد و... کلامی بجا و واجد شرائط، و محلّل است ولی اگر سخن از $\frac{۱}{۳}$ برای بذر و $\frac{۱}{۳}$ برای گاو و... به میان آورد، کلامی بیجا و خالی از شروط است ولذا محرّم است.]

احتمال چهارم: مراد از کلام در فراز اوّل [یحلّل الکلام] خصوص مقاوله و مواعده باشد که قبل از بیع به دیگری انجام پذیرفته، این کلام محلّل است. و مراد از فراز دوّم [یحرّم الکلام] ایجاب و ایقاع و انشاء بیع باشد، این کلام محرّم است.

قوله: ثم انّ:

مرحوم شیخ پس از بیان مقام ثبوت و تصور و طرحِ احتمالات، در مقامِ اثبات و تصدیق و انتخاب برآمده، می فرمایند:

معنای اوّل از معانیِ چهارگانه، از کلام امامعليه‌السلام [انّما یحلّل ...] مراد نیست، و دو دلیل می آورند:

۱ـ معنای اوّل مستلزم تخصیص اکثر است. «صغری»

۲ـ و تخصیص اکثر قبیح و مستهجن است. «کبری»

پس معنای اوّل تالی فاسد دارد و مراد نیست. «نتیجه»

بیان ذلک: ظاهر معنای اوّل [به برکت کلمهٔ انّما] اینست که: در شرع

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۹۹، باب۸، حدیث۴و۶و۱۰.

مقدّس اسباب و عوامل تحریم و تحلیل، اختصاص به لفظ دارد و منحصر در لفظ است یعنی هرچیزی که حلال می شود، سببِ آن کلام است. و هر چیزی که حرام می گردد، سببش کلام است، و بدون نطقَ نه حلیتی هست و نه حرمتی، و این معنی باطل است زیرا بالضرورة در اسلام اسباب تحلیل و تحریم، اختصاص به لفظ و نطق و کلام ندارد، بلکه عمدهٔ محلّلها و محرّمها غیر قول است. [به عنوان نمونه: اگر مأکولات و مشروبات با نجس ملاقات نمایند متنجّس و محرم می شوند و تطهیر آنها، محللّ و باعث حلیّت است، تذکیه محلّل است، عدم آن محرّم است، غلیان عصیر عنبی محرّم است، و ذهاب ثلثین محلّل است، صیرورة العصیر خمراً محرّم و تخلیلها محلّلٌ جَلَلْ و نجاست خواری موجب می شود که حیوان مأکول اللحم، حرام گردد، استبراء از جَلَلْ محلّل است. اختلاط مال حلال با مالِ حرام محرّم است و تخمیس یعنی اخراج خمسِ آن، محلّل است، وطی حیوانِ مأکول اللحم محرّم است، و ...]

پس اگر معنای اوّل مراد باشد مستلزمِ تخصیص اکثر است، وهو قبیح، لا یصدر من المعصوم علیه‌السلام.

۲ـ امام علیه‌السلام اوّل فرمود: الیس ان شاء اخذ وان شاء ترك؟ سائل عرضکرد: بَلی، سپس فرمود: لا بأس، سپس فرمود انّما یحلّل... که این جمله ولو نصّ به علیّت ندارد [یعنی نفرمود: لانّ...] ولی به منزلهٔ تعلیلِ حکم مذکور است. و طبق معنای اوّل، این ذیل که در مقام تعلیل است به آنَ صدر که حکم معلّل است، ارتباطی نداشته و گسیخته از هم می باشد، و این با مقام تعلیل نمی سازد.

بیان ذلک: امام علیه‌السلام اوّل زمینه سازی کرد و بعد فرمود: لا بأس، و ظاهر این حکم آنست که: جواز و عدم البأس مخصوص فرض قبل از بیع است. یعنی قبل از اینکه خریداری کند و پارچه بدیگری بدهد، لا بأس به، و لا شک در اینکه در مرتبه مواعده و مقاوله اصلاً نطق معتبر نیست، و رد حرمت یا حلیّت نقشی

ندارد، پس چگونه ممکن است این ذیل علّت آن حکم باشد؟ پس معنای اوّل، مراد نیست.

همچنین معنای دوّم هم مراد نیست. چون در ما نحن فیه مطلب واحد مطرح نیست که بیان و اداء کردن آن به مضمونی محلّل باشد و به مضمون دیگر محرّم باشد. [بلکه دو مقصود در میان است که امام میان آندو فرق گذاشته و تفصیل قائل شده. ۱ـ مقاوله ۲ـ بیع.]

قوله: فتعیَّن:

وقتی که معنای اوّل و دوّم اراده نشد، بناچار یکی از دو معنای دیگر متعیّن می شود: یا معنای سوّم مراد است که کلام واحد نسبت به مطلب واحد هم محلّل است و هم محرّم، ولی به لحاظ وجود و عدم، یعنی کلامی که دالّ برانشاء بیع و التزام به آن است، وجودش قبل از خریدنِ ثوب از دیگری، محرّم است، و عدمش محلّل است.

زیرا وقتی کلام، بیعی و دالّ بربیع نبود، آنچه می ماند مقاوله و مواعده ای بیش نخواهد بود که آنهم اثر ندارد. و طبق این احتمال معنای حدیث اینست:

سبب حلیت و حرمت در خصوص این معامله [بیع ما لیس عنده] در بود و نبود کلام خلاصه می شود، که بودش محرّم و نبودش محلّل است.

و یا معنای چهارم متعیّن است: یعنی مجرّد مقاوله و مراضات و موافقتهای مقدماتی و قبل البیع، در بیع ما لیس عنده، موجب حلیّت معامله است. ولی ایجاب البیع قبل از خریدن از مالک اصلی، محرّمِ این معامله است.

قوله: وعلی کلا:

نتیجه دو احتمال ۳و۴: هدف از طرح این خبر از اوّل، این بود که: کسانی به حکم این حدیث، معاطات را به کلّی باطل و بی فایده دانسته و حتّی مفید اباحه نیز ندانسته اند.

ولی از بیانات ما روشن می شود که این خبر به درد این مدّعا نمی خورد.

[چون بنابر احتمال سوّم مفاد حدیث اینست که: در خصوص این معامله یعنی بیع ما لیس عنده، محلّل منحصراً نبود کلامِ بیعیِ انشائی است و محرّم منحصراً وجود آن است. ولی این بدان معنی نیست که معاطات مطلقاً و فی جمیع الموارد، بی اثر باشد، حتی در بیع ماله و ما عنده.

و طبق احتمال چهارم معنا اینست: در خصوص ما نحن فیه یعنی بیع ما لیس عنده: محلّل منحصر به مقاولة و مراضات است. و محرّم هم منحصر به کلام انشائی است. این نیز اجنبی از مقصود است و دلالت ندارد که معاطات حتی در ما عنده و مالَه، بیفائده باشد.]

قوله: نعم:

تا به حال دلالت خبر مذکور، برابطال معاطات را ردّ کردیم، حالا می گوئیم: بنابراینکه مراد احتمال ثالث و رابع شد، و طبق آندو منظور از کلام در قول امام عليه‌السلام «انّما یحلّل ...» ایجاب البیع باشد.

[طبق احتمال سوم، از هر دو کلام، ایجاب البیع، مراد بود ولی وجوداً و عدماً، و طبق احتمال چهارم، از کلام دوّم انشاء البیع اراده شد]

می گوئیم: اگرچه مورد حدیث «بیع ما لیس عنده» است و در این مورد امام عليه‌السلام فرمود: لا بأس، ولی فراز مورد بحث به قرینهٔ مقام تعلیل که العلّة تعمّم، و به قرینهٔ انّما که مفید حصر است. معنایش آنست که: منحصراً ایجاب البیع باید به کلام باشد. مفهومش آنست که: انشاء البیع به غیر کلام واقع نمی شود، وگرنه حصر غلط بود، و معاطات غیر کلام است، پس انشاء البیع به آن واقع نمی شود، پس با این بیان، خبر مذکور می تواند دلیل بررَدّ و نفیِ معاطات باشد.

قوله: الاّ ان یقال:

مگر کسی بگوید: وجه انحصارِ انشاء البیع در کلام در مورد روایت [بیع ما لیس عنده] نه از باب اینست که بیع غیر کلامی را خارج کند، بلکه از باب اینست که: در مورد روایت اساساً معاطات امکان ندارد، چون فرض اینست که هنوز، ثوب در اختیار مالک اصلی است، و این شخص دسترسی به آن ندارد تا فی المعامله اعطاء کند، از این جهت فرمود: باید به کلام باشد.

امّا در مواردی که معاطات ممکن است. بازهم آیا ایجاب البیع باید به کلام باشد یا خیر؟ این دلالت را ندارد، و معاطات را به طور کلّی ردّ نمی کند.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: در بیع ما لیس عنده هم معاطات ممکن است، زیرا کما سیأتی معاطات همیشه طرفینی نیست، گاهی هم یکطرفه است کالسلم والنسیه که یکطرفی است. پس با فرض امکان معاطات، وقتی ایجاب بیع را به کلام منحصر می کند، مفهوم دارد و آن اینکه: غیر کلام به درد انشاء البیع نمی خورد.

قوله: وکیف کان:

در مورد روایت، معاطات ممکن باشد یا نه، روایتِ مذکور، خالی از اشعار یا ظهور نیست. [منظور نسبت به مدخلیّت کلام در تحقق بیع است، و اشعار به لحاظ قبل از نعم و یا بلحاظ الاّ ان یقال است. و ظهور به لحاظ خود نَعَمْ و فتأمّل است، که شرح شد.]

قوله: کما یشعر:

در این قسمت سه روایت دیگر می آورند که هرکدام مُشعِر به مدخلیّت کلام و لفظ در تحلیل و تحریم است:

۱ـ روایت یحیی بن حجاج از امام صادق علیه‌السلام که مثل روایتِ قبل [خالد بن

حـجـاج یا ابـن نجـیح] در رابـطه با بیع مـا لیس عنده، وارد شـده است[1] راوی می گوید: از امام علیه السلام پرسیدم: مردی به من می گوید: فلان پارچه یا فلان مرکب را برای من خریداری کن، و سپس آن را به من بفروش، من فلان مبلغ به تو سود خواهم داد. [این چه حکمی دارد؟]

امام علیه السلام فـرمود: اشـکالی در این گـفتگو نیست، آن عـین را خـریداری کن، ولی پیش از آنکه از مالک اصلی استیجاب کـنی [اشاره به بیع به طریق استیـجاب و ایجـاب است. یعنی به مـالک اصلی بگـوئی: بِعْنی یعنی از تـو می خـواهم کـه این دابّه را به من بفـروشی، مـالک اصلی هـم می گـویـد: بعتـک بکذا، و بدنبـال آن، اشتـریتُ و قـبلتُ گـفتن لازم نیـست.] یا خـریداری کـنی [اشـاره به بیـع به طریق ایجاب و قـبول است که مـالک اصلی بگـوید: بعتک هذا بکذا، و تو بـگوئی: قبلتُ هکذا ...]

[حـال اگر تردید به اَوْ از امـام علیه السلام باشـد، این فـراز دلیل برصـحت بیع به نوع استدعاء و ایجاب است، و اگر از راوی باشد خیر دلیلِ آن نیست.]

قوله: فانّ: کیفیت اِشعار:

امام علیه السلام فرمود: ولا تواجبه البیع ... در این کلام سه احتمال وجود دارد:

الف: منظور خـصـوص ایجـاب و قـبـول قـولی باشد ای الالـتزام بالبیع به قـول باشد.

ب: منظور اعمّ از ایجاب بیع قولاً و یا به نحو معاطات باشد.

ج: منظور خصوص ایجاب و انشاء فعلی و مجرّد اعطاء عین باشد.

احتـمـال ثانـی و ثالث مـردود است چـون اوّلاً با ظهـور مـواجبـه و ایـجـاب و استیجاب نمی سازد، ثانیاً در مورد حدیث [بیع ما لیس عنده] اصلاً معاطات ممکن نیست، پس مـراد از لا تواجبـه یعنی انشـاء بیع به ایجـاب و قـبـول و به الفـاظ، پس

---

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۷۸، باب۸، حدیث۱۳.

بالاخره کلام و انشاء لفظی مدخلیّت دارد و بدون آن حلیّت یا حرمت نمی آید.

[مرحوم شهیدی فرموده: ان کان منشأ ما ادعاه من الظهور ما ذکره سابقاً من عدم امکان الایجاب بالمعاطاة فی خصوص المورد بتوهّم انّ المبیع فیه کان عند مالکه الاوّل فقد مرّ الجواب عنه فی بیان وجه التأمّل فی السابق، وان کان امراً آخر مثل مادة الاستیجاب مثلاً بان یدّعی ظهورها فی الاستیجاب القولی بالوضع او الغلبة ففیه تأملّ.(۱)]

۲ـ از جمله روایاتی که مشعر به دخالت لفظ و اعتبار کلام، می باشد، روایت علاء است که در رابطه با نسبت سنجی ربح و سود به اصل مال و سرمایه است.

راوی می گوید: به امام صادق علیه السلام عرضکردم: مردی می خواهد مبیع و متاعی را بفروشد و در مقام معامله می گوید: این کالا را به ۱۰و۱۱یا ۱۰و۱۲ می فروشم [کنایه از اینکه در هرده درهم یکدرهم یا دو درهم سود بدهی.

مثلاً اگر به هزار دینار خریده ام، به شما می فروشم به هزار و صد یا دویست دینار.]

امام علیه السلام فرمود: این گفتگوها بلامانع است، چرا که اینها صرفاً مراوضه و مواصفه و مقاولهٔ قبل البیع است. و هنگامی که عزم بربیع پیدا کرد، رأس المال و ربح را یک جمله قرار دهد(۲)

[مثلاً بگوید: این متاع را به یازده درهم می فروشم، و نگوید: ده و یازده و ...]

قوله: فانّ ظاهره:

[از ظاهر حدیث بعضی کراهت و عدم کراهت را فهمیده اند، وبرخی

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۷۶.

(۲)تهذیب الاحکام، ج۷، ص۵۴، حدیث۲۳۵.

حرمت و عدم حرمت را و بقول مرحوم سید: والمشهور علی کراهته وعن جماعة کالمقنعه والنهایة والمراسم والتّقی عدم جوازه، وعن القاضی ان لا یصح ...[1]]

حال برخی از شارحان حدیث مذکور گفته اند: مراد اینست که: این گفتگو و نسبت ربح به اصل مال در مقاولهٔ پیش از عقد مکروه نیست، ولی حین العقد کراهت دارد.[2]

[مرحوم شهیدی می گوید: وامّا روایة العلاء فلا اشعار فیها ایضاً بالمطلب لانّ المراد انّ هذه لیست بیعاً بل مقاولة فی تعیین الربح قبل البیع بالنحو المذکور فیها وانّما یتحقق البیع اذا جمع البیع ای عزم علی البیع وأنشأهُ وحینئذ یجعله ای رأس المال والربح جملة واحدة ویسمّیها وهذا المقدار لا اشعار فیه بانّ ایجاب البیع لا یتحقق بالفعل بل لا بدّ فیه من اللفظ، ولیس فی جعله جملة واحدة أیضاً دلالة علی ذلک لامکان حصوله بالفعل ایضاً بان یجمع الثمن مع الربح ویعطی المجموع فی مقابل المبیع، ولو کان نظره من الاشعار، الی مفهوم لا بأس به انّما هذه المراوضة حیث یستفاد منه انّه لو کان بیعاً ولم یکن مراوضة صرفة ففیه لا بأس، لامکن ان یناقش فیه بانه لا یشعر بعدم حصول البأس فیه لو امکن تحقق ذلک النحو من البیع بالتعاطی ...[3]]

۳ـ صحیحهٔ ابن سنان: اشکالی ندارد که متاعی را که نزد تو نیست به مردی بفروشی به نوع مساومه [یعنی صرفاً مساومة ومقاوله انجام دهی] **سپس در صدد خریدن آن برآئی سپس آن را برای خود ایجاب و انشاء کنی سپس بعداز اشتراء آن را به دیگری بفروشی**[4] [این روایت هم سخن از ثم توجبه ... دارد که از قبیل

---

(۱)الحاشیة علی المکاسب، ص۷۶.

(۲)شاید مراد سید جزائری ره باشد در شرح تهذیبش که خطی است.

(۳)هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، ص۱۷۶.

(۴)تهذیب الاحکام، ج۷، ص۴۹، حدیث۲۱۲.

مواجبة البیع در حدیث اوّل است. و ظهور در کلام و قول دارد.

نتیجه: به عقیدۀ مرحوم شیخ لفظ و کلام در افادۀ لزوم، لازم است، و معاطات صرف، مفیدِ لزوم نیست بلکه یا اباحۀ تصرف است یا ملک جایز، و خود شیخَ طرفدار ملک جَایز است.

(تنبیهات معاطات)

قوله: وينبغي:

تا به حال در رابطه با معاطات پنج قدم برداشته شد:

۱ـ بیان معنای معاطات و تصویر چهار صورت در آن

۲ـ بیان محلّ نزاع و برداشت محقق ثانی و صاحب جواهر ...

۳ـ بیان اقوال در مسئله معاطات [شش قول]

۴ـ بیان دو مقام از بحث:

الف: آیا معاطات مفید ملکیت است یا خیر؟

ب: برفرض افادهٔ ملک آیا مفید لزوم است یا نه؟

نظر مرحوم شیخ در دو مقامِ مذکور، عبارت شد از: افادهٔ ملکیّت جایزه.

۵ـ بقی الکلام ... تا اوّل تنبیهات.

و اینک وارد بحثِ از تنبیهات معاطات می‌شویم:

(تنبیه اوّل)

قوله: الاوّل:

آیا معاطات معاوضهٔ مستقلّی است؟ یا فردی و صنفی از بیع است؟ مسئله را روی پنج مبنا محاسبه می‌کنیم:

۱ـ مبنای علاّمه در نهایة: معاطات بیعِ فاسد است. [یعنی به کلّی بی اثر است، نه مفید لزوم است و نه جواز و ملکِ متزلزل، و نه اباحهٔ صرفه.] طبق این معنی تصریح به بیعیّت شده و معاطات بیع محسوب شده، ولی بیع فاسد نه صحیح و مؤثر.

ولی این نظر خیلی مهم نیست، چرا که قائل ندارد و حتی خود علاّمه هم در سایر کتابهایش از این نظر عدول کرده است.

۲ـ مبنای شیخ مفید و اکثر عامّه: طبق این مسلک معاطات حقیقتاً بیع است [عرفاً و شرعاً] و مفید ملکیّت لازمه است، و از این حیث از بیع قولی کمتر نیست. باز هم واضح است که: معاطات بیع است و معاوضهٔ مستقلی نیست.

این نظریّه هم خیلی مهمّ نیست، چون قبلاً عبارت مفید ره در مقنعه را آورده و به دلائل متعدّد

ثابت کردیم که: دالّ برلزومِ معاطات نیست.

۳ـ مبنای محقّق ثانی و پیروان او، منجمله شیخ اعظم: معاطات مفید ملک است، منتها ملکِ جایز و متزلزل، نه لازم، و هنگامی که یکی از ملزِمات معاطات [ازقبیل تصرف احدهما در احدی العینین، و یا تلف احدیهما ...] آمد تبدیل به لزوم می شود، پس قبل از لازم شدن و از حین معاطات ملک جایز آمد، طبق این مبنی معاطات شرعاً و عرفاً بیع است [وعلی القاعده باید مفید لزوم باشد و قبلاً هم فرمودند: الاوفق بالقواعد... ولی بدلائل خاصّی لزوم نمی آید ولی ملک می آید.]

و به قول محقق ثانی [۱] بیع بودنِ معاطات اجماعی و جای بحث نیست حتی نزد علاّمه[۲] که معاطات را فاسد می داند، آن را بیع فاسد می داند، و بیع بودنِ آن

(۱)جامع المقاصد، ج۴، ص۵۸.
(۲)نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۹.

مردّد نیست. ودلیل بربیع بودنِ معاطات هم عبارتست از اینکه: فقهاء برای آن چنین استدال کرده اند: معاطات بیع است «صغری» و بیع را خداوند حلال کرده «کبری» پس معاطات را حلال کرده. «نتیجه»

۴ـ مبنای مشهور: معاطات مفید اباحهٔ تصرّف است. [و بالتصرف فی احدی العینین او تلف احدیهما یصیر لازماً.] طبق این مبنا هم معاطات از نظر عرف و عقلاء بیع است، ولی از نظر شرعی بیع نیست، و شارع مقدّس آن را امضاء نکرده، و تنها اثر شرعیِ آن اباحهٔ تصرّف است.

قوله: فنفی البیع:

گویا کسی می پرسد: اگر معاطات نزد مشهور هم بیع است. پس چرا در کلمات فقهاء [از قبیل شیخ طوسی در خلاف، ابن ادریس در سرائر و... که سابقاً آوردیم.] و در معاقد اجماعات آنان [از قبیل معقد اجماعِ سیّد بن زهرة در غنیه که قبلاً آوردیم.] از معاطات نفی بیعیّت شده، و تصریح به بیع نبودنِ آن کرده اند؟

در جواب می فرماید: منظور آنان نفی ماهیّت و حقیقت نیست، بلکه نفی لزوم است، یعنی می خواهند بگویند: معاطات، بیع صحیحِ شرعیِ لازم نیست، نه اینکه اصلاً بیع نباشد.

قوله: هذا:

چهار مبنای مذکور بنابر مختار ما و مشهور است که از روز اوّل گفتیم: نزاع در معاطاتی است که به قصد تملیک و انشاء بیع انجام می پذیرد. و روی جمیع مبانیِ چهارگانه، معاطات بیع است و معاوضهٔ مستقلّی نیست.

۵ـ قوله: وامّا:

مبنای پنجم: صاحب جواهر فرمود: نزاع در معاطاتی است که به قصد اباحهٔ تصرّف انجام بگیرد، و هدف متعاطیین از تعاطی، نقل و انتقال نباشد بلکه

مجرّد اباحهٔ تصرّف باشد. حال براین مبنا معاطات اصلاً بیع نیست و موضوعاً خارج است، نه عرف آن را بیع می داند، و نه شرع مقدّس آن را بیع می شمارد، پس معاوضهٔ مستقلّی خواهد بود که نامش اباحهٔ عوضیّه است.

قوله: وعلی هذا فلا بدّ:

ثمرهٔ بیع بودن یا معاوضهٔ مستقلّ بودن آنست که: آندسته از شرائط و احکام که مالِ مطلق معاوضه است، در معاطات هم جاری می شود و فرقی بین بیع بودن و نبودنَ نیست. آندسته از شرائطی که مخصوص معاطات است و بدلائل معتبر ثابت شده، برمعاطات مترتّب است. و باز فرقی ندارد.

انّما الکلام در شرائطی است که در بیع معتبر است ولی در معاطات مشکوك می باشد، نسبت به این شرائط اگر معاطات را بیع ندانستیم [برمبنای صاحب جواهر.] ناگزیر باید به ادلّهٔ خاصه یا عامّه مشروعیّتِ معاطات [به عنوان یک معاوضهٔ مستقل] مراجعه کنیم، و از آنها حکم را بدستَ آوریم، و ادلّهٔ از حیث مضمون متفاوت است، بیان ذلک:

اگر کسی برای مشروعیّتِ آن به حدیث سلطنت و عموم الناس مسلطون علی اموالهم تمسّک کند علی القاعده [اصالة العموم و سلطنت مطلقه] باید در هر شرطی شک کرد به عموم تمسّک کرده و بگوید: فلان شرط مشکوك در معاطات معتبر نیست.

و اگر کسی به سیرهٔ مستمرّه تمسک کرد، باید بگوید: سیره عمل است و عمل مجمل است، و در مجمل باید به قدر متیقن اخذ شود، و قدر متیقن آنجائی است که معاطات دارای کلیهٔ شروط بیع باشد وگرنه مفید اباحه هم نیست.

حاصل اینکه: در شک در هر شرطی از شروط بیع، مرجع ما ادلّهٔ مشروعیّتِ معاطات است، و کاری به بیع نداریم، آن شرط در بیع معتبر باشد یا نه، و اساساً بیع خصوصیتی ندارد، نسبت به هر شرط از شروط بیع یا سایر

معاملات که شک کنیم باید به ادلّه و اطلاقات همان باب مراجعه کنیم.

[فرمود: و حیث انّ المناسب، وجه این تعبیر آنست که سابقاً از حدیث سلطنت برای ملکیت نتوانستیم استفاده کنیم، ولی حالا برای اباحهٔ تصرّف می توان استفاده کرد.]

[مرحوم شهیدی می فرماید: اقول: ما ذکره هنا من الرجوع الی قاعدة السلطنة فی نفی شرطیة اللفظ وسایر ما یشک فی شرطیته فی الاباحة مناف لما ذکره سابقاً من انّ حدیث السلطنة لا نظر له الی التسلّط من حیث الاسباب لان المعاوضة من الامور التسبیبیة المحتاجة الی السبب، فمع التمسک فی مشروعیّتها بقاعدة السلطنة یکون مقتضی قاعدة اصالة عدم تحقّق تلک الاباحة الاّ فی المقدار المتیقن مثل التمسک فیها بالسیرة هو اعتبار کلما یشک فی شرطیته نعم لو تمسک فیها بعموم آیة الوفاء بالعقود کان مقتضی القاعدة ای اصالة العموم هو العکس.[1]]

قوله: وامّا علی المختار:

برمبنای ما و مشهور که می گفتیم: نزاع در معاطات به قصد بیع و تملیک است، این سئوال مطرح می شود:

آیا شروطی که در بیع معتبر است [چه شرائط عوضین و چه متعاملین وامّا شرائط صیغه قطعاً معتبر نیست چون معاطات صیغه ندارد و سالبه به انتفاء موضوع است.] در معاطات هم اعتبار دارد؟ یا نه؟

آیا احکامی که بیع دارد [از قبیل: حرمت و فساد بیع ربوی و غرری و... و از قبیل احکام و مسائل خیارات.] معاطات هم دارد؟ یا خیر؟

در جواب سئوال در دو مقام بحث می شود:

۱ـ راجع به شرائط

(۱) هدایة الطالب، ص۱۷۶.

۲ـ راجع به احکام

امّا شرائط: چهار وجه در این رابطه مطرح است:

۱ـ آنچه در بیع شرطیّت دارد، در معاطات نیز معتبر است. مطلقا [چه بنابر قول به ملکیّت و چه قول به اباحهٔ تصرف.]

۲ـ هیچکدام از شروط بیع، در معاطات شرطیّت ندارد. مطلقا [علی الملک او علی الاباحة]

۳ـ تفصیل: بنابر اینکه معاطات مفید اباحه باشد [کما هو المشهور] شرائط بیع در آن معتبر نیست. و بنابر اینکه مفید ملک باشد [کما هو التحقیق] شروط البیع در معاطات معتبر است.

۴ـ آندسته از شرائطی که در باب بیع به حکم نصّ [آیات و روایات] ثابت شده، در معاطات هم معتبر است. و آن شروطی که بدلیل اجماع ثابت شده اختصاص به بیع قولی دارد و در معاطات شرط نیست.

قوله: ویشهد للاوّل:

مرحوم شیخ برای هریک از وجوه مذکور، شواهد و مؤیّدات و قرائن و دلائلی اقامه می کنند، سپس مختار خود را بیان می کنند:

امّا شواهد وجه اوّل: سه شاهد برای آن اقامه می کنند:

شاهد اوّل: تردیدی نیست در اینکه معاطات از دیدگاه عرف بیع است، و عقلاء عالم آن را بیع می دانند «صغری»

و خطابات شرعیه هم [آیات و روایاتی که مُبَیِّن احکام و شروط بیع است.] منزّل برعرف است، یعنی وقتی شارع می فرماید: یجب فی البیع کذا وکذا، منظور بیع عرفی است، سپس معاطات را نیز شامل است. «کبری»

پس آنچه از احکام و مسائل و شرائط و قیود در بیع مطرح است در معامله هم مطرح است.

شاهد دوّم: وقتی ما به کتب فقهاء عامّه و خاصّه مراجعه می کنیم. [ازقبیل: الفقه علی المذاهب الاربعة، ج ۲، ص۱۵۵ متن و پاروقیِ آن، وکتاب مسالک الافهام، ج۳، ص۱۴۴ و ...] می بینیم که اصلاً طرح نزاع به این صورت است که: آیا در بیع صیغه لازم است و تقابض و تعاطی کفایت نمی کند؟ یا صیغه لازم نیست و معاطات هم کافی است؟ یعنی سایر شرائط بیع [عوضین ـ متعاملین] تماماً مفروغ عنه و مسلّم است، ونزاع در اعتبار صیغه در بیع است. بنابراین آنجا که شرطی از شروط بیع غیر از صیغهٔ بیع منتفی باشد [مثلاً عوضین مالیّت نداشته باشند، یا متعاملین بالغ نباشند و ...] از محلّ نزاع خارج است، اگرچه در پاره ای از احکام با بیع جامع شرائط مشترك باشند [فی المثل بیع فاقد برخی از شروط هم مثل بیع واجد شروط موجب ضمان است.] پس اعتبار سایر شرائط غیر از صیغه، قطعی است.

شاهد سوّم: مرحوم محدّث بحرانی در حدائق[1] فرموده:

در میان کسانی که معاطات را مفید لزوم نمی دانند. [نوع فقهاء امامیّه غیر از آنچه به شیخ مفید و بعض دیگر منسوب است.] مشهور می گویند: معاطات صحیح است و اباحهٔ تصرّف می آورد، و هرکدام از متعاطیین حق دارند در آن مالی که به معاطات اخذ کرده اند هرگونه تصرّفی بنمایند، امّا مشروط براینکه غیر ازصیغهٔ مخصوصهٔ [ایجاب و قبول] همهٔ شرائط بیع را دارا باشد. باز سخن از استکمال و استجماع سایر شروط است.

مرحوم شیخ می فرماید: در این جمله ابتداء به ساکن دو احتمال وجود دارد:

۱ـ مقابل مشهور این باشد که: معاطات اصلاً صحیح نیست و فاسد است.[2]

---

(۱)الحدائق الناضرة، ج۱۸، ص۳۵۶.

(۲)نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۹.

۲ـ مقابل مشهور این باشد که: معاطات صحیح است ولو مستجمع سایر شروطِ بیع نباشد که احتمال دوّم قادح است و شاهدِ آنست که دارا بودن بقیّهٔ شروطِ بیع، مسلّم نیست.

ولی تصریح بعدی خود صاحب الحدائق این توهّم را برمی دارد و احتمال اوّل را ثابت می کند، زیرا ایشان بلافاصله فرموده: مقابل مشهور، قول علاّمه در نهایه است که فرموده: معاطات از ریشه فاسد است و صحیح نیست.

و امّا اگر صحت را گفتیم جای بحث نیست که باید همهٔ شرائط بیع باشد. و اگر بعضی از شروط نبود، از بحث خارج است.

قوله: ویشهد للثانی:

شاهد وجه ثانی:

کلمهٔ بیع در نصوص [از قبیل: البیّعان بالخیار ما لم یفترقا،[1] بایع الحیوان بالخیار ثلثة ایّام، لاتبع ما لیس عندك و ...] و در کلمات فقهاء [از قبیل: الاصل فی البیع اللزوم، البیع من العقود اللازمه، البیع هو العقد الدالّ و ...]

انصراف به بیعِ صحیحِ شرعیِ لازم دارد. «کبرای کلّی»

و معاطات اینگونه نیست. «صغری»

صغری در کلام شیخ به صراحت نیامده بلکه مطوّی است. پس شروطی که در روایات و فتاوی برای بیع آمده، در معاطات معتبر نیست. «نتیجه»

بیان اینکه معاطات بیع صحیح شرعی و لازم نیست:

مطلب را علی المبانی محاسبه می کنیم:

امّا برمبنای صاحب جواهر: معاطات اصلاً بیع نیست تا شروط و احکام بیع را دارا باشد، بلکه معاوضهٔ مستقلی است و موضوعاً و تخصصاً از بیع خارج است.

---

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۳۴۶. ، حدیث۳، باب اوّل.

و امّا برمبنای علاّمه در نهایة: معاطات اگرچه بیع است ولی بیع صحیح نیست بلکه فاسد و باطل و به کلّی بی اثر است. پس بازهم شروط و احکام بیع را ندارد. [این دو مبنا را مرحوم شیخ محاسبه نکردند. چون اوّلی که از اوّل از بحث خارج بود، به دوّمی هم نیازی نبود علی الخصوص که خود علاّمه هم از آن رجوع کرده.]

وامّا برمبنای مشهور که معاطات را مفید اباحهٔ تصرّف می دانند: براین مبنا اگرچه معاطات بیع صحیحِ عرفی است ولی شرع مقدّس آن را امضاء نکرده و برآن آثار ملک را مترتب ننموده و تنها آن را مفید اباحه دانسته، پس بیع صحیحِ شرعی نیست. و اگر احیاناً در لسان شارع کلمهٔ بیع برچنین معاطاتی اطلاق شده از باب اینست که چون عرف آن را بیع می داند، شارع برآن اطلاق بیع کرده و مماشات با عرف است، یعنی بیع به عقیدهٔ عرف. سابقاً هم وقتی ابن زهره ادّعای اجماع کرد که معاطات بیع نیست، در توجیه آن گفتیم: مراد اینست که بیع صحیحِ شرعیِ لازم نیست نه اینکه موضوعاً بیع نباشد.

و امّا برمبنای محقق ثانی و پیروان او و از جمله خود شیخ اعظم که معاطات را مفید ملک می دانند: براین مبنا هم معاطات اگرچه بیع صحیح شرعی است ولی مفید لزوم نیست. و اطلاقات کلمهٔ بیع در ادلّه به بیع لازم منصرف است. پس شامل معاطات نیست.

در پایان باو بالجمله انصراف را تاکید کرده و می فرمایند: اگر کسی در کلمات قوم و روایات تأمل کند شک نمی کند که مراد از بیع، بیع لازم است یعنی بیعی که بالاصالة مفید لزوم است اگرچه بالعرض و در اثر یکی از خیارات، یا در سایه تقایل و اقالهٔ طرفینی متزلزل می شود و قابل فسخ است، ولی بالذات چنین نیست.

[البته مرحوم شیخ از این امر سکوت کرده و بلکه برآن صحّه گذاشتند ولی

حق اینست که : نصوص و فتاوی اطلاق دارد و معاطات را هم شامل است . [به بیانی که در شاهد اوّل وجه اوّل آوردیم] و وجهی برای انصراف نیست ، زیرا منشأ انصراف یکی از عوامل ذیل است :

۱ـ **اکمل الافراد بودن** : یعنی از آنجا که بیع صحیح شرعیِ لازم، کاملترین فرد بیع است ، اطلاق بدان منصرف و متمایل است . این وجه مردود است و در جای خود به ثبت رسیده که اکمل الافراد بودن موجبِ انصراف نیست و جلوی اطلاق را نمی گیرد ، وگرنه لازم می آید به هیچ مطلقی نتوانیم تمسّک کنیم ، زیرا ما من مطلقٍ الاّ وله فرد او صنفٌ که اکمل است و مصداق اتمّ آنست . ولا یلتزم به احد که از مطلقات غمض عین کنیم .

۲ـ **قدر متیقن بودن** : یعنی بیع لازم که همان بیع قولی باشد ، قدر متیقن از اطلاقات است و حتماً این صنف مراد است ، بیع فعلی مراد باشد یا نه . این نیز موجب انصراف نیست زیرا در علم اصول بیان شده که قدر متیقن خارجی قادح به اطلاق نیست ، باید قدر متیقن در مقام تخاطب باشد که نیست . فما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد .

۳ـ **غلبهٔ وجود** : از آنجا که بیع قولی و عقدی در خارج زیادتر است . اطلاقات بدان منصرف می شود . این وجه هم از حیث صغری و کبری مردود است :

امّا صغری : اصل غلبهٔ وجود را قبول نداریم ، زیرا که معاطات بیشتر از بیع قولی است .

وامّا کبری : برفرض غلبهٔ وجود ، می گوئیم : چنین امری موجب انصراف نیست .

۴ـ **غلبهٔ استعمال** : از آنجا که لفظ بیع غالباً در بیع لازم یعنی عقدی استعمال شده ، اطلاقات بدان منصرف است . [انصراف ظهوری] این وجه از حیث کبرای

کلی مناقشه ندارد ولی اشکال صغروی دارد و آن اینکه: ما قبول نداریم که لفظ بیع بیشتر در بیع قولی و لازم استعمال شده باشد تا موجب انصراف شود.]

قوله: ووجه الثالث:

وجه سوّم تفصیل میان قول به اباحه و قول به ملک بود، یعنی بنابر اینکه معاطات مفید اباحهٔ تصرف باشد شروط و احکام بیع را ندارد. و بنابر افادهٔ ملک، باید واجد شروط بیع باشد. شاهد این وجه:

امّا بنابر افادهٔ اباحه: دلیل همان است که در وجه ثانی گذشت، که عبارت بود از اینکه: آن شرائط از آنِ بیعِ صحیحِ شرعیِ لازم است، و معاطات بیع کذائی نیست، پس آن شروط را ندارد.

و امّا بنابر افادهٔ ملک: دلیل همان است که در وجه ثانی گذشت، که معاطات بیع عرفی است، و خطابات هم منزّل برعرف است... و بلکه برمبنای ملکیّت، بیع شرعی هم هست، وعلی القاعده باید مفید لزوم هم باشد [بنا به حکم هشت دلیلی که قبلاً آوردیم] ولی بنا به دلائل خاصّی از اجماع و سیره و بعض الاخبار وغیره، مفید لزوم نشد.

پس از حیث بیع بودن کمبودی ندارد، پس شروط و احکام آن باب را هم دارد.

قوله: ویمکن الفرق:

وجه چهارمی که مطرح می باشد، عبارتست از: فرق بین شروط البیع.

بیان ذلک: شروط و احکامی که در باب بیع معتبر است، دو دسته اند:

۱ـ شرائطی که به حکم نصّ [اطلاقاتِ آیات و روایات] برای بیع ثابت شده.

۲ـ شروطی که به دلیل اجماع [قولی و یا عملی که سیرهٔ متشرّعه باشد.] در بیع ثابت گردیده حال بخش اوّل از شروط البیع در معاطات هم ثابت است، به همان دلیل که در شاهد اوّل وجه اوّل ذکر شد، و حاصل مطلب اینکه: اطلاقات

منزّل برعرف است، و شروط مذکور، مال بیع عرفی است، معاطات هم چنین است، پس مشمول آن ادلّة الاحکام والشرائط می باشد.

و بخش دوّم از شروط، در معاطات معتبر نیست، به دلیل اینکه اجماع دلیل لبّی است، و باید به قدر متیقّنِ آن اکتفا شود، و قدر متیقن عبارتست از: بیع شرعیِ صحیحِ لازم، یعنی بیع قولی، و مازاد که معاطات باشد مشکوك است. اصل عدم جاری می شود.

[مرحوم سیّد فرموده: **اقول**: لا یتفاوت الحال فی دعوی الانصراف بین النّص والاجماع، فالاولی ان یقال بناءً علی کون القدر المتیقن من مورد الاجماع علی اشتراط المفروض، اشتراطه فی البیع اللازم فینبغي الاقتصار علیه.(1)]
حاصل اینکه: تعبیر مرحوم شیخ به انصراف در رابطه با اجماع، تعبیر مناسبی نیست، زیرا انصراف مشترك بین نص و اجماع است، و در هر دو قابل ادّعا است، و بجا بود تعبیر به قدر متیقّن می کردند.

قوله: والاحتمال الاول:

تا به حال وجوه و احتمالات، با شواهد آن بیان شد.

حال مرحوم شیخ احتمال اوّل را اختیار می کنند، و تقویت می نمایند، و می فرمایند: شروطی که در بیع معتبر است در معاطات هم معتبر می باشد «مطلقاً» یعنی چه علی الاباحه و چه علی الملک.

امّا علی الملک: پرواضح است و مبسوطاً هم گذشت که معاطات بیع است و مشمول اطلاقات، و اشاره شد که محقق ثانی فرموده: بیع بودنِ معاطات اجماعی است و لا کلام فیه.

وامّا علی الاباحه: مشهور هم که معاطات را مفید اباحه می دانند، باز قدر مسلّم معامله ای است که از لحاظ سایر شرائط کمبودی نداشته باشد و تنها کمبود

---

(1) حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۷۶.

آن مسئله صیغه باشد، وگرنه معاطاتی که فاقدِ شرطی از شروط دیگر باشد از بحث خارج است.

[علی الملک معاطات با بیع قولی دو فرق دارد:

۱ـ صیغه و شروط صیغه را ندارد.

۲ـ مفید لزوم نیست.

و علی الاباحه سه فرق دارد که مضافاً به دو فرق مذکور، فرق سوّم اینست که: اصلاً مفید ملک هم نیست.]

قوله: ثم انّه حکی:

از شهید اوّل در حاشیه برقواعد علاّمه، پنج حکم در رابطه با معاطات نقل شده است[1] و آنها عبارتند از:

۱ـ مال مأخوذ به نحو معاطات را نمی توان در خمس و زکات و بهای قربانی در حجّ، اخراج کرد [یعنی اگر خمسی یا زکاتی به گردنِ انسان است، از پول یا مالِ معاطاتی نمی تواند بپردازد و اگر بدهد مجزی نیست، حاج هم از این مال نمی تواند گوسفند قربانی خریداری کند.] مگر عینی که دست طرف مقابل است قبلاً تلف شده باشد، که در این فرض این مال موجود، ملک آخذ می شود، و می تواند بابت خمس و زکات و ... بپردازد.

۲ـ در باب معاطات هیچ مانعی ندارد که ثمن و مثمن مجهول باشند. [و قضیّهٔ معلومیّت عوضین که در بیع مطرح شده در اینجا معتبر نیست.] بدلیل اینکه: معاطات عقد نیست، [و شرط مذکور نزد شهید، مال بیع عقدی است.]

۳ـ در معاطات مجهول بودن مدّت، بلامانع است. [شاید مراد اجاره معاطاتی باشد که مدّت می طلبد، و یا بیع سلم و نسیه باشد که یکطرف مدّت دارا است.]

---

(۱)ناقل محقق عاملی در مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۸ می باشد.

۴ـ اگر انسان جاریه ای را به نحو معاطات خریداری کرد، تا زمانی که ثمن آن در دست فروشندهٔ جاریه تلف نشده باشد، حق ندارد با جاریه نکاح یعنی آمیزش نماید. [آری پس از تلف ثمن؛ جاریه ملک او شده و حق مواقعه دارد.]

۵ـ در باب بیع صرف فرموده: در معاطاتِ نقدین [درهم و دینار] تقابض در مجلس معامله، شرط نیست[1] [از شروط صِحت بیع صرف آنست که تقابض فی المجلس محقّق شود، ولی شهید فرموده: در معاطاتِ صرفی این شرط معتبر نیست.]

قوله: اقول:

دو حکم و فتوی از فتاوای شهید اوّل ره نصّ در عدم افادهٔ ملک است، یعنی به صراحت دلالت می کنند که: معاطات نزد شهید اوّل مفیدملک نیست:

۱ـ عدم جواز اخراج مأخوذ به معاطات، بابت خمس و زکات.

۲ـ عدم جواز وطیِ جاریه ای که به نحو معاطات خریداری شده است.

و اگرمعاطات مفید ملک بود، وجهی برای دوحکم مزبور نبود.

ولی سه حکم دیگر هم داشتند:

۱ـ معلومیت عوضین در معاطات معتبر نیست و جهالتِ ثمن و مثمن قادح نیست

۲ـ جهالت اجل و مدّت هم ضرری ندارد.

۳ـ تقابض در مجلس هم در معاطات صرفی معتبر نیست.

و دلیل هرسه آنست که: معاطات عقد [عقد لازم] نیست، تا احکام مذکور را داشته باشد. حال این سه حکم دارای دو احتمال است:

۱ـ چون معاطات مفید ملک نیست، لذا شروط مذکور را ندا[illegible] [illegible] اگر

(۱) حواشی شهید برقواعد در اختیار ما نیست ولی حاکی جنا[illegible] صاحب مفتاح الکرامة است که ذکر شد.

بپرسید: چرا مفید ملک نیست؟ خواهیم گفت: زیرا که عند المشهور و منجمله عند الشهید، تنها بیع عقدی مفید ملک است. و معاطات بیع عقدی نیست.

۲ـ چون معاطات را مفید لزوم نمی دانند [ولو مفید ملک هست.] لذا شروط مذکور را در معاطات نیاورده اند. و اگر بپرسید: چرا با اینکه مفید ملک است شروط مذکور را ندارد؟ خواهیم گفت: زیرا که: شروط مذکور، شرط بیعِ عقدیِ لازم اند، و معاطات چنین نیست.

پس از بعض فتاوای شهید استفاده می شود که: ایشان، مثل مشهور، معاطات را مفید ملک نمی دانند و صرفاً مفید اباحه می دانند، و از بعض کلماتشان مستفاد است که: معاطات را مفید ملک لازم نمی دانند، نه اینکه اصلاً مفید ملک ندانند. پس کلام شهید آن انسجام لازم را ندارد.

قوله والاقوی:

مرحوم شیخ می فرماید: به نظر ما اقوی اینست که: شروط مذکور [در کلام شهید] تماماً در معاطات معتبرند، آنهم مطلقا، چه علی الاباحه و چه علی الملک.

امّا علی الملک: پرواضح است که معاطات براین مبنی بیع صحیح شرعی است، پس احکام و شروط آن را باید داشته باشد.

و امّا علی الاباحه: به دو دلیل، اعتبار شروط مذکور را ثابت می کنند:

۱ـ قوله: لانّها بیع:

این دلیل از یک صغری و کبری تشکیل شده:

صغری: معاطات بیع عرفی است، یعنی عرف و عقلاء به آن به چشم بیع و تملیک و تملّک نگاه می کنند و آن را موجب ملکیّت می دانند، اگرچه شرع مقدّس آن را مفید ملک ندانسته و فقط اباحهٔ تصرّف را برآن مترتّب کرده است.

کبری: و مورد ادلّة الاحکام والشروط هم بیع عرفی است، چون خطاب منزّل برعرف است. و اختصاص به بیع عقدی وقولی ندارد و بلکه تقیید ادلّهٔ

شرائط، به بیع عقدی، تقیید به فرد نادر است، که هیچ مجوّزی ندارد. پس ادلّهٔ مذکور باطلاقه و عمومه معاطات را هم شامل است، پس شرائط بیع در معاطات هم معتبر است.

۲ـ قوله: ولما عرفت:

علی المفروض مقصود متعاطیین تملیک بوده، وبرمبنای مشهور «یعنی قول به اباحه» اثر مقصود برمعاطات بار نشده، پس قاعده اینست که معاطات فاسدو باطل و به کلّی بی اثر باشد، و حتی مفیداباحه نیز نباشد، ولی از تحت این اصل، اباحه خارج شد، و بالاجماع معاطات مفید اباحه است، پس اباحه خلافِ اصل و قاعده است، و در اموری که خلاف اصل باشد، باید به قدر متیقن اکتفا کنیم، و قدر متیقن از اباحه آن معاطاتی است که محلّ نزاع بین فقهاء است و آن معاطاتی است که غیر از صیغه جامع همهٔ شرائط بیع باشد، این مورد از تحت اصل فساد خارج شده، و بقی الباقی یعنی مواردی که شرطی از شروط دیگرِ معاطات نباشد، اصلاً محلّ نزاع نیست، و قطعاً چنین معاطاتی مفید اباحه نیست.

پس بنابر قول به اباحه هم باید همهٔ شروط بیع در معاطات باشد.

قوله: وبما ذکرنا:

تا به حال سخن از شرائطِ بیع و اعتبار آنها در معاطات بود و اینک به برخی از احکام بیع [دو حکم: ۱ـ ربا ۲ـ خیار] اشاره کرده و می پرسیم: آیا این احکام در معاطات هم جاری و ساری است یا خیر؟

یکی از احکام بیع آنست که ربا در آن حرام است. [به قول قرآن: و حرّم الربوا[1]] یعنی اگر مکیل و موزون به همجنس آنها [گندم به گندم و ...] معامله شد باید تساوی باشد [صد من به صد من] و تفاضل و زیادی [صد من به صد و ده من] در آن، ربا است که تکلیفاً حرام و وضعاً فاسد و باطل است. [تفصیل مطلب

(۱) سورهٔ بقره/۲۷۵.

در باب خودش خواهد آمد.]

حال آیا حکم تحریم ربا درمعاطات هم جاری و ساری است یا نه؟ مقدّمه: آیا حکم تحریم ربا مخصوصِ بیع است و در سایر معاوضات جاری نیست؟ یا تعمیم دارد و در کلیّهٔ معاوضات و غیر معاوضات [کالقرض] حرام است؟ به عبارت دیگر: آیا فقط ربای بیعی حرام است یا ربای معاوضی مطلقاً حرام است؟ تفصیل مطلب در باب خودش، و مرحوم شیخ در اینجا با کلمهٔ و ان خصصّنا ... اشاره ای به تخصیص و تعمیم دارند.

با حفظ این مقدّمه، مطلب را براساس مبانیِ قوم در باب معاطات محاسبه می کنیم:

۱ـ بنابر اینکه معاطات مثل بیع قولی و بلکه فردی از بیع بوده ومفید ملک لازم باشد [منسوب به شیخ مفید ره] پرواضح است که کلیّهٔ احکام بیع را خواهد داشت و ازجملهٔ آنها تحریم ربا درآنست.

۲ـ بنابر اینکه معاطات بیع فاسد بوده و از ریشه بی اثر باشد [منسوب به علامه ره در نهایه] جریان ربا در آن بی معنی و سالبه به انتفاء موضوع است.

۳ـ بنابر اینکه معاطات بیع صحیح شرعی بوده و مفید ملک هم باشد ولی ملک جایز و متزلزل نه لازم [که رأی محقق ثانی و شیخ اعظم ره بود.] باز پرواضح است که ربا در آن موضوع دارد و حکم تحریم ربا در آن جاری است، حتی اگر حرمت ربا را به بابِ بیع اختصاص دهیم، باز براین مبنا، معاطات بیع است و حکم مذکور را دارا است.

۴ـ بنابراینکه معاطات بیع عرفی باشد ولی شرعاً مفید ملک نباشد و صرفاً مفید اباحهٔ تصرّف باشد [که رأی مشهور بلکه جمهور امامیه تا زمان محقق ثانی بود.] بازهم حکم حرمت ربا در آن جاری است. زیرا که معاطات بیع عرفی است «صغری» و مورد ادلّهٔ احکام و شروط هم بیع عرفی است پس حکم

تحریم ربا که یکی از احکام بیع یا مطلق معاوضات می باشد، در معاطات جاری است.

قوله: بل معاوضة:

قبل از بَلْ فرض بحث این شد که: معاطات عند المشهور معاوضهٔ عرفی است، ولی معاوضهٔ شرعیه نیست. ولی حالا با بَلِ ترقّی می فرماید: بلکه به عقیدهٔ شهید اوّل در جائی از حاشیه برقواعد (۱) معاطات اصلاً معاوضهٔ شرعیّه هم هست آنجا که فرموده: معاطات معاوضه مستقلی است [یعنی شرعاً چنین است.] مفید جواز و تزلزل باشد یا مفید لزوم [برحسب اختلاف مبانیِ مفید ره و مشهور، یا برحسب دلیل آن معاوضهٔ مستقل، و یا به لحاظ قبل از تصرف یا پس از آن.]

۵ـ قوله: ولو قلنا:

برمبنای **صاحب جواهر** که فرمود: نزاع در معاطاتِ به قصد اباحهٔ تصرّف است، نه به قصد تملیک: اوّل می فرماید: براین مبنا هَم جریان حکم ربا در معاطات بعید نیست. زیرا که معاطات معاوضهٔ عرفیه است، و برمبنای تعمیم ربا به مطلق معاوضات، در اینجا هم جاری می شود. سپس با فتأمّل جریان ربا در معاطات را براین مبنا، خدشه می کنند، و آن اینکه: براین مبنا اطلاقِ معاوضه برآن مشکل است، چون معاوضه ظهور دارد در تعویض عین به عین، نه اباحه به اباحه که نامش اباحهٔ عوضیّه است.

قوله: وامّا حکم:

یکی دیگر از احکامِ بیع، جریان انواع و اقسام خیارات [خیار مجلس حیوان، غبن، عیب و ...] در آن است. حال آیا خیارات مذکور، در معاطات هم

---

(۱) ناقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۸ می باشد. که از حواشی خطی شهید برقواعد نقل کرده است.

جاری می شود یا نه؟ باز مطلب را براساس مبانیِ مختلف محاسبه می کنیم :

۱ـ برمبنای مفید ره و قائلین به ملکیت لازمه، معاطات هم از اوّل برلزوم بنا شده است و خیارات مذکور در آن جاری است .

۲ـ برمبنای علاّمه ره و قول به بیع فاسد بودنِ آن، نوبت به جریان خیارات نمی رسد. چون خیار عبارتست از: ملکُ فسخ العَقد او البیع ، ومع الفساد بیعی نیست ... پس جریان خیارات فرع برصحّتِ معامله است .

۳ـ برمبنای صاحب جواهر : اصلاً بَیعی و تملیکی محقق نشده تا خیاری محقّق شود، و سالبه به انتفاء موضوع است .

۴و۵ـ برمبنای مشهور [معاطات مفید اباحه است] و برمبنای خود مرحوم شیخ [افاده ملک جایز] از آن رهگذر که هردو مبنا متفق هستند در اینکه : معاطات از ابتدا مفید لزوم نیست ، و بعداً در سایهٔ تصرف یکی از طرفین یا تلف یکی از عینین ، لزوم می آید ، لذا مرحوم شیخ در دو مقام بحث می کنند :

۱ـ جریان خیارات قبل از لزوم .

۲ـ جریان آنها پس از لزوم .

امّا مقام اوّل: می فرمایند: برمبنای مشهور می توان گفت : احکام خیارات در معاطات جاری نیست ، زیرا معاطات عند المشهور فقط و فقط اباحهٔ تصرّف را نتیجه می دهد ، و ملکیّتی برای متعاطیین حاصل نشده تا خیاری بیاید و خیار ملک فسخ بیع است .

ولی برمبنای ما [افادهٔ ملک] دو نظر مطرح است :

۱ـ بگوئیم : خیارات در معاطات هم ثابت است مطلقاً [در قبال تفصیل که نظر بعدی است .]

البته بنابراینکه معاطات پس از لزوم، بیع باشد نه معاوضهٔ مستقلّه، و مبسوط این بحث در تنبیه هفتم خواهد آمد. حال خیارات که جاری می شود، از چه

زمانی می آید؟ از زمان معاطات حق الخیار هست، منتها پس از لزوم معاطات، طرفی که ذی الخیار است حق دارد اعمالِ خیار کند. اگر بپرسید: پس فایدهٔ وجود خیار از حین معاطات چیست؟

در جواب می گوئیم: فائده اش عبارتست از:

الف: اسقاط: ذی الخیار می تواند بگوید: اسقطت خیاری.

ب: مصالحه: ذی الخیار با طرف دیگر براسقاط آن مصالحه می کنند، یعنی طرف می گوید: صالحتک بعشرة دنانیر علی اسقاط خیارك. یا طرفین مصالحه می کنند و...

۲ـ احتمال هم دارد که مطلقاخیارات را ثابت ندانسته و قائل به تفصیل شویم.

بیان ذلک: خیارات از یک نظر دو دسته اند:

۱ـ خیارات مختصهٔ به بیع، از قبیل: خیار مجلس که دلیل می گوید: البیّعان بالخیار مالم یفترقا... خیار حیوان که دلیل می گوید: مشتری الحیوان بالخیار ثلثة ایّام و...

۲ـ خیارات غیر مختصّه به بیع، از قبیل: خیار غبن که به حکم لا ضرر ثابت است، خیارعیب هم نسبت به خصوص ردّ، با دلیل لا ضرر ثابت است. [خیار عیب، ذی الخیار بین سه امر مخیّر است، یا امضاء فی الکلّ مجّاناً ویا فسخ فی الکل ویا امضاء وارش، نسبت به ارش گرفتن باز دلیل تعبدّی داریم که مخصوص بیع است، ولی نسبت به جواز ردّ جنس معیوب، دلیل آن لا ضرر است و اطلاق دارد و اختصاص به بیع ندارد.

حال خیارات مختصّه در معاطات جاری نیست، چون ادلّهٔ این خیارات، مخصوص معامله ای است که از غیر جهت خیار مذکور، لازم باشد و بنای اوّلیِ آن برلزوم باشد. و معاطات از غیر جهت مذکور هم لازم نیست، بلکه جایز و

متزلزل است.

ولی خیارات غیر مختصه، در معاطات هم جاری است چون ادلّهٔ آنها که لا ضرر و ... باشد عام است و اختصاص به بیع ندارد. پس معاطات را چه بیع بدانیم و چه ندانیم، خیارات عامّه در آن جاری است.

و امّا مقام دوّم: حکم جریان خیارات در معاطات، بعد از لزوم [که پس از تصرف یا تلف باشد.] می فرماید: این مطلب در آینده پس از ذکر مُلزِمات معاطات خواهد آمد. [ملزمات را در تنبیه ششم و مطلب مذکور را در تنبیه هفتَم می آورند.]

(۲)
(تنبیه دوّم)

تنبیه دوّم از تنبهاتِ معاطات، آنست که: معاملهٔ فعلی که با فعل و عمل انجام می پذیرد، از حیث مقام ثبوت، سه فرض دارد:

۱ـ هیچیک از طرفین اعطاء و اخذی انجام ندهند، واضح است که چنین چیزی معاطات نامیده نمی شود و اصلاً معامله ای انجام نشده است.

۲ـ هردو طرف بالفعل و فی الحال [در حال معامله] تعاطی کرده و اعطاء و اخذی صورت می پذیرد، یعنی هم اکنون که معامله انجام می گیرد، هرطرفی مالی را می دهد و در عوض مالی را می گیرد. قدر متیقن از معاطات همین قسم است، و معاطات به معنای حقیقیِ کلمه [که مصدر باب مفاعله است و میان دو کس می باشد، و مشتقّ اصولی هم ظهور در فعلیت دارد، تعاطی کردند یعنی بالفعل هرکدام داد وستد و بِده و بستانی انجام دادند.] برآن صادق است.

آنگاه برمبنای مشهور چنین معاطاتی مفید اباحهٔ تصرف است. و برمبنای محقق ثانی ره و شیخ اعظم ره و ...، مفید ملک جایز است. ولی در هر حال به نفس تعاطیِ طرفینی این ملک یا اباحه حاصل می شود.

۳ـ از یکطرف بالفعل و حین المعاوضه اعطائی صورت می گیرد ولی از طرف دیگر فعلاً تنها اخذ، محقّق می شود و گرنه اعطائی نیست. [معاطات یکطرفه]

سئوال اینست که:

آیا چنین معاطاتی هم صحیح و مفید ملک یا اباحه است؟ یا فاسد و بی اثر است؟

علی القاعده باید گفت: آری این معاطات فاسد و لغو است، زیرا که:

اوّلاً معاطات مصدر باب مفاعله است و میان طرفین است، و ریشهٔ معاطات هم اعطاء است، پس معاطات یعنی اعطاء طرفینی [و چون اعطاء بدون اخذ نمی شود، بالتبع اخذ طرفینی هم محقّق می شود.] و در ما نحن فیه این عنوان محقّق نشده، پس موضوعاً معاطات نیست.

ثانیاً: ما معاملهٔ یکطرفی نداریم، همیشه معامله طرفینی است، آنگاه در معاملهٔ قولی، طرفین با بعتُ و قبلت معامله را انجام می دهند و هرکدام مالی را بدیگری تملیک کرده و مالی را از دیگری تملّک می کنند، ولی در معاملهٔ فعلی یامعاطات، معاوضه و تملیک با نفس اعطاء انجام می گیرد، آنهم نه تملیک مجّانی بلکه تملیک مقابلی و معاوضی، و در واقع هریک از طرفین با اعطاء و عمل، مالش را در مقابل مال دیگری به او تملیک یا براو مباح می کنند و در معاطات یکطرفه این معنی محقّق نیست، پس معاوضه یا اباحه ای هم نیست.

قوله: الاّ انّ:

با اینکه قاعدتاً باید اعطاء مذکور باطل باشد، ولی گروهی از متأخر المتأخرین به پیروی از مرحوم شهید اوّل در دروس[1] این قسم از اعطاء را هم از مصادیقِ معاطات برشمرده و مدّعی شده اند: معاطات با اعطاء یکطرف هم حاصل می شود.

قوله: ولا ریب:

مرحوم شیخ می فرماید: بی تردید براعطاء یک جانبه، معاطاتِ صدق نمی کند [چون مصدر مفاعله و بین دو طرف است.] ولی خوشبختانه این عدم

---

(۱) الدروس الشرعیّه، ص۳۳۵.

صدق قادح نیست. زیرا که اگر در لسان ادلّه و آیات و روایات، روی واژهٔ معاطات تکیه شده بود جا داشت بگوئیم: در ما نحن فیه این عنوان صادق نیست.

ولی عنوانِ مذکور در اصطلاح فقهاء رایج شده است، و آنچه در ادلّه آمده عمومات بیع، تجارت، سلطنت، عقود و ... می باشد و اینها برمعاطات کذائی [که فعلاً از یک جانب اعطاء صورت می گیرد، و از جانب دیگر بعداً اعطاء خواهد آمد.] صدق می کنند، پس براعطاء از یک طرف، ولو موضوعاً معاطات صادق نیست ولی حکماً ملحق به معاطات بوده و مفید ملک یا اباحه است.

قوله: فیکون:

نتیجه و متفرع برصحت معاطات مذکور: اقباض و اعطاء یک عوض از سوی مالک اصلی، تملیک آن به دیگری است در مقابل عوضی که در آینده خواهد داد و الان به ذمّه او آمده [برمبنای ملک] و یا این اقباص، موجب اباحهٔ آن مال برای طرف مقابل است در قبال عوض آتیه [برمبنای اباحهٔ تصرّف] و متقابلاً گرفتن دیگری این مال را از مالک اصلی هم، تملّک به عوض یا قبول اباحه در قبال عوض است. و با نفس اعطاء واخذ تملیک و تملّک انجام می گیرد.

قوله: فلوکان:

مثال مسئله: اگر از باب مثال آنچه فعلاً اعطاء می شود ثمن باشد، دفع آن از سوی مالک ثمن به دیگری اشتراء و خریدن محسوب می شود [البته اگر معاطات مفید ملک باشد] و گرفتن آن از سوی دیگری، بیع و فروختن مثمن و معوض به همین ثمن است. پس با یک عمل یا با عمل یک نفر در یک زمان هم ایجاب و هم قبولِ فعلی [انشاء تملیک و تملّک به فعل در مقابل قولی.] محقّق می شود.

قولهَ: ثم صحّة:

تا به حال روی قاعده و برمبنای جماعتی از متأخرین بحث شد، حال رأی شیخ اعظم اینست: اگر معاطات را مفید ملک بدانیم و آن رابیع محسوب کنیم،

صحت اعطاء یکطرفه خیلی روشن است. زیرا تمام ادلّه ای که برصحت معاطات حقیقیّه [طرفینی] دلالت داشت برصحّت این معاطات هم دلالت دارد. [از قبیل آیهٔ بیع، آیهٔ تجارت، سیرهٔ مستمرّه و ...]

ولی اگر مثل مشهور معاطات را مفید اباحهٔ تصرف بدانیم، صحّت معاطات یکطرفی مشکل است. و وجه اشکال اینست که: متعاطیین به قصد تملیک و تملّک اعطا و اخذ می کنند، و علی الفرض اثر مقصود مترتب نمی شود و معاطات مفید ملک نیست. و چون عقود تابع قصود است.

پس علی القاعده باید معاطات فاسد و باطل باشد، ولی بدلیل خاصّ اباحه می آورد، و اباحه برخلاف اصل و قاعده [اصالة الفساد] است، و در اموری که خلاف قاعده هستند باید به قدر متیقن اکتفا کرد، و قدر متیقن همان است که تعاطی بالفعل از طرفین حاصل شود. و اگر از یکطرف بود در تحت اصل مذکور باقی است، و باطل می باشد.

قوله: اللّهم الاّ:

پس علی القاعده اعطاء مذکور فاسد است، مگر کسی مدّعی شود که: سیرهٔ مستمرّه برچنین معاطاتی مستقرّ شده است، و همانطوری که در معاطات حقیقی و طرفینی سیرهٔ مستمرّه است هکذا در یکطرفه.

[ولی اثبات این ادّعا آسان نیست، علی الخصوص برمبنای شیخ اعظم که: برای این سیره ها ارزشی قائل نیست و آنها را ناشی از قلّت مبالات در دین می داند.]

قوله: وربّما یدّعی:

بطور کلّی در تنبیه دوّم چهار مرتبه برای معاطات ذکر می کنند که به ترتیب از اخصّ و محدودتر شروع و به اعم و وسیعتر ختم می شود:

۱ـ معاطاتی که در آن از سوی هردو طرف بالفعل تعاطی [اعطاء و اخذ] صورت گیرد، قدر متیقن همین بود که موضوعاً و حکماً مصداق اتمّ معاطات است.

۲ـ معاطاتی که از سوی یکطرف اعطاء صورت می گیرد ولی از طرف دیگر فعلاً فقط اخذ است نه اعطاء این قسم گرچه موضوعاً معاطات نیست ولی حکماً به معاطات ملحق شد.

۳ـ کلمهٔ اعطاء و اخذ ظهور دارند در اعطاء و اخذ یداً بید، یعنی دستی می دهد و دست دیگر می گیرد. حال ادّعا شده که اصلاً اعطاء و اَخذهم [ولو مِن طرفٍ واحد] لازم نیست بلکه مجرّد ایصال و وصول هم کفایت می کند، یعنی همین اندازه که طرف ثمن را به طرف، دیگر برساند [ولو به اینکه در مغازهٔ او بگذارد یا در دَخْل او بگذارد و ...] و مثمن را اخذ کرده و برود هم کافی است. البته با احراز رضایت مالک مثمن از راه قرائن حالیه که از حال او پیداست که راضی است.

چند مثال:

الف: قدیمتر که اشخاصی در مکانهای خاصی آب فروشی می کردند [و امروزه به جای آن کسانی هستند که قالبهای یخ را می فروشند.] ای چه بسا خود سقّاء و آب فروش، آنجا نیست و برای کاری رفته ولی در میان مردم چنین مرسوم شده که: آب را می گیرند و می آشامند و مقداری فَلْس [جمع فلوس] یعنی پول و اسکناس به اندازه قیمت آب، در جائی که سقّا برای آن آماده کرده می گذارند و می روند.

ب: در مورد سایر محقّرات [اشیاء ارزان قیمت] از قبیل سبزیجات و مانند آن [نان مثلاً و ...] نیز چنین می کنند که پولی را در جای خاصی از نانوائی گذاشته و نانی را اخذ کرده و می روند.

ج: وارد حمام شده و استحمام می نمایند و سپس مقدار اجرت صاحب حمّام را در میان کوزه ای که بدین منظور آماده شده می گذارند و منتظر آمدن حمّامی نمی شوند پس معیار در صحت معاطات، وصول هردو عوض [طرفینی] یا یکی فعلاً [یکطرفه] به دست دیگری است با علم به رضای مالک اصلی به تصرّف در مال و صدق اعطاء هم لازم نیست. محقّق اردبیلی ره همین نظر را

دارد.[1]

٤ـ قوله: ثم لو قلنا:

در تنبیه هشتم خواهد آمد که: آیا قول غیر معتبر [یعنی قولی که جامع شروط تأثیر در ملک لازم نباشد.] هم مثل فعل است و بدین وسیله معاطات منعقد می‌شود؟ یا خیر؟ فعلاً بنابر اینکه با قول غیر معتبر هم معاطات منعقد شود.

می‌گوئیم: نه تنها در معاطات، تعاطی لازم نیست، و نه تنها اعطاء یکطرفی لازم نیست، و نه تنها ایصال و وصول لازم نیست، بلکه بدون تمام اینها هم انعقاد معاطات ممکن است.

بالنتیجه: طرفین، مبادله و معاملهٔ مالی به مالی را صرفاً با قول غیر معتبر انشاء می‌کنند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: برمبنای افادهٔ ملک، بعید نیست که چنین چیزی صحیح باشد. [البته اگر در آینده ثابت شود که چنین چیزی بیع است نه معاوضهٔ مستقلّهٔ مفید ملک. و در تنبیه هشتم می‌آید.] ولی برمبنای اباحهٔ تصرّف، اشکالی که در فرض اعطاء یکطرفی بود در اینجا مؤکّدتر است. [و آن اینکه: اباحه خلاف اصل است و باید به قدر متیقنِ آن اکتفا شود و... و وجه آکد بودن آنست که: در آنجا امکانِ دعوای سیرهٔ عقلائیه بود ولی در اینجا نیست، در آنجا فعلی ولو من جانبٍ بود وَ در اینجا نیست.]

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۸، ص۱۴۴.

(۳)
(تنبیه سوّم)

تنبیه سوّم از تنبیهات معاطات راجع به اینست که:

در فقه احکامی وجود دارد که مخصوصِ بایع است، و برهرکس این عنوان صدق کند آن احکام را دارد. و احکامی هم مخصوصِ مشتری است. و احکامی هم میان آندو مشترك است و هردو دارند.

بنابراین باید دید که در معامله کدام طرف بایع است؟ و کدام مشتری؟ تا احکام مختصّه برآن مترتب شود.

حال در بیع قولیِ جامع شرائط، تمیز بایع از مشتری واضح است، زیرا آنکس که می گوید: بعتُ یا ملّکت، بایع است. و آنکه می گوید: قبلتُ یا اشتریت یا تملّکت، مشتری است. چه ایجاب برقبول تقدم داشته باشد و چه مؤخّر باشد، بصورت استیجاب و ایجاب باشد یا بطور معمول.

و در بیع قولیِ غیر جامع شروط [مثلاً عربیّت شرط است و رعایت نشده و ...] هم تمیز بایع از مشتری آسان است. به بیانی که در قسم قبلی گذشت.

و در بیع فعلی که قبل از انشاء تملیک با فعل، مقاوله و گفتگو و مساومه ای صورت گرفته، مثلاً زید از بکر پرسیده: این کالا را به چه قیمتی می فروشی؟ بکر گفته: چند می بری؟ و ... باز شناخت فروشنده و خریدار واضح است.

انّما الکلام در معاطات فعلیِ محض است [[قید فعلیّه در عبارت شیخ اعظم احترازی است و معاطات قولی [غیر جامع شروط] و مقاوله ای را خارج می کند، و مخصوص موردی است که بدون هیچ گفتگوی قبلی تعاطی حاصل شده، مثلاً وارد مغازه ای شده و پولی داده و سبزی یا نان و ... گرفته و رفته است.]] در اینجا که صرفاً اعطاء و اخذ فعلی صورت گرفته، شناخت بایع از مشتری چگونه است؟ سه فرض متصور است:

۱ـ احد العوضین نقد رائج و درهم و دینار یا پولی باشد که در بازار با آن معامله انجام می گیرد، و عوض دیگر متاع و کالا و جنس باشد، در اینجا به حکم سیرهٔ عقلاء تمیز بایع از مشتری آسان است. زیرا معمول و متعارف آنست که: صاحب متاع را بایع و صاحب ثمن را مشتری به حساب می آورند. مگر اینکه صاحب ثمن تصریح به خلاف کند.

و مثلاً بگوید: این دراهم و دنانیر را به فلان کالا می فروشم که اگر سخن از بعتُ الدرهم و ... آمد، صاحب الثمن بایع می شو دو دیگری مشتری، ولی این فرض نادری است و فرد غالب همان است که صاحب نقد رائج را مشتری محسوب می کنند.

[۲ـ هردو عوض نقد رائج باشد، مثلاً درهم با دینار، دلار با لیره، تومان با ریال و ... معامله شود که معاطاتِ صرفی است. مرحوم شیخ این صورت را ذکر نکرده ولی همان چهار وجهی که در ادامه مطرح خواهد شد در اینجا هم می آید. فلا تغفل.]

۳ـ هریک از عوضین متاع و جنس باشد، فی المثل کتابی را باعبائی به بیعِ معاطاتی مبایعه کردند، و هیچ مقاوله ای هم در بین نبود تا تشخیص بایع از مشتری آسان باشد، در اینجا چگونه بایع را از مشتری تشخیص دهیم؟ در این فرض سه صورت تصویر می کنند:

۱ ـ طرفین هردو قصدشان اینست که: یکی از دو متاع به قیمت درآید و به عنوانِ بدل و عوض از قیمت واقعی و ثمنِ جنس دیگر پرداخت شود، و متاع دیگر چنین نباشد.

بیان ذلک: معمولاً حاجت و نیاز در بُعدی از ابعاد زندگی، انسان را وادار می کند که در جستجوی کالائی برآید، فی المثل کشاورز است، ولی برای تأمین مواد غذائی به قصّاب مراجعه می نماید، و مقداری گوشت می خواهد، و چون مجّانی به او داده نمی شود، و عوض مطالبه می شود، و معمولاً فلاحیّن و کشاورزان، وجه نقد در اختیار ندارند و یا کم دارند، لذا بهای مثلاً یک کیلو گوشت را در نظر می آورد که فرضاً هزار تومان است، و بجای پرداخت خود آن، مقداری گندم [مثلاً ده من] می پردازد، که در اینجا گندم به قیمت درآمد و بجای پرداخت نقد رائج، پرداخت شده در اینجا صاحب الحنطه یعنی کشاورز مشتری است، و صاحب اللحم یعنی قصّاب بایع است.

و اگر مطلب به عکس شد، یعنی گوشت به قیمت درآمد و بجای ثمن و نقد به کشاورز داده شد، عنوانها عکس می شود یعنی صاحب اللحم مشتری و صاحب الحنطه بایع می گردد.

۲ ـ هیچکدام از عوضین به قیمت درنیامد و به عنوانِ بدل از نقد رائج منظور نشد بلکه صد در صد قصد طرفین این بود که کتاب بدل از عبا و عبا بدل از کتاب باشد.

۳ ـ و یا هردو عوض، به قیمت درآمد و هردو را با نقد رائج سنجیده و سپس هریک از طرفین مالی را که دست او است به عنوان بدل از ثمنِ مال دیگری به او داد، قبلاً هم مقاوله ای صورت نگرفته بود تا قرینه برتشخیص بایع از مشتری شود.

حال در این دو صورت چگونه بایع را از مشتری تشخیص دهیم؟

می فرمایند: چهار وجه [احتمال دارای شاهد و دلیل] در اینجا موجود است:

وجه اوّل: معاطات مذکور نسبت به هریک از طرفین هم بیع است و هم شراء، و هرکدام هم بایع هستند و هم مشتری.

شاهد این وجه: بیع در لغت [چنانکه در اوّل کتاب بیع از المصباح المنیر آوردیم] به معنای مبادلهٔ مال بمال است. و هریک از طرفین مال خود را با مال دیگری مبادله می کند، و اشتراءً هم به قول بعض اهل لغت[1] عبارتست از: چیزی را ترک کردن و در عوض چیزی دیگری بدست آوردن، و در اینجا هردو طرف چنین هستند، پس هرکدام هم بایع و هم مشتری هستند، و درنتیجه در مثال لحم و حنطه، برصاحب اللحم مثلاً هم بایع صدق می کند چون با دَلَ اللحم بالحنطة، و هم مشتری صدق می کند، چون ترک اللحم و اخذ الحنطة.

قوله: فیحنث:

ثمرهٔ اینکه هم بایع است و هم مشتری: اگر کسی سوگند یاد کرد که گوشت نفروشد و گندم خریداری نکند، و بعد در معاملهٔ معاطاتی لحم را با حنطه مبادله کرد، صدق می کند هم گوشت فروخت و هم گندم خرید، پس حنث و مخالفت قسم کرده، پس باید کفّاره بپردازد.

قوله: نعم:

طرفین طبق این وجه که هم بایع و هم مشتری اند، احکام مشترکه میان بایع و مشتری، برآندو مترتب است ولی احکامی که مخصوص بایع ومشتری است برهیچکدام مترتب نمی شود. زیرا ادلّه ای که می گوید: یجب علی البایع کذا وکذا، یا یجب علی المشتری کذا وکذا، متبادر به ذهن از این ادلّه کسی است که فقط بایع یا فقط مشتری باشد نه کسی که در معاملهٔ واحده هم مشتری است و هم

(۱) القاموس المحیط، ج۲، ص۷۰۷.

بایع، به دو اعتبار [به اعتبار اینکه تملیک می کند و مبادله می کند بایع است و به اعتبار اینکه یترك شیئاً... مشتری است.]

وجه دوّم: قوله: او کونه بیعا:

آنکس که اوّل و جلوتر متاعش را به دیگری می دهد، بایع است، و آنکس که در مرتبهٔ بعد اعطاء می کند مشتری است.

شاهد این وجه: عرفاً براوّلی موجب و انشاء تملیک کننده صدق می کند و برگیرنده مشتری و قبول کنندهٔ ملک اطلاق می شود.

وجه سوّم: معاطات مذکور در واقع یکنوع مصالحهٔ معاطاتی است و احکام صلح را دارد، بدلیل اینکه: صلح عبارتست از تسالم دو کس یا دو گروه برامری از امور و در اینجا هم متعاطیین تسالم و توافق کرده اند براعطاء و اخذ وتعویض.

ولذا روایتی را که در این رابطه وارد شده: دو نفر شریک در تجارت، یکی به دیگری می گوید: لک ما عندك ولی ما عندی، یعنی آنچه از اموال مشارکتی نزد تو است مال تو باشد و آنچه نزد من است مال من باشد، این را بر صلح حمل کرده اند.

و گفته اند: این نوعی مصالحه و تسالم است. [و آن روایت اینست: عن محمد بن مسلم عن احدهما عليه السلام انه قال: فی رجلین کان لکل واحد منهما طعام عند صاحبه، ولا یدری کل واحد منهم کم له عند صاحبه، فقال کل واحد منهما لصاحبه: لک ما عندك، ولی ما عندی، قال عليه السلام: لا بأس بذلک اذا تراضیا، وطابت انفسهما[1]]

وجه چهارم: معاطات مذکور نه صلح است و نه بیع و نه هیچ یک از عناوینِ متعارفه بلکه معاوضهٔ مستقلی است [و دلیل آن عمومات تجارت و وفاء به عقد و... است] مختار مرحوم شیخ: از وجوه اربعه وجه ثانی را تقویت می کنند، به

---

(۱)فروع کافی، ج۱، ص۳۹۷.

این دلیل کـه: از حیث لغت و عرف، برآنکه اوّل وجهی را می دهد بایع اطلاق می شود وبرآنکه اوّل وجهی را می گیرد مشتری اطلاق می شود.

قوله: فتدبّر:

اشاره به اینکه: این مطلب کلیّت ندارد، زیرا در بیع سلم اوّل مشتری پول را می دهد و معذلک احدی نگفته: که او بایع است. و نیز در معاطات هم ای چه بسا همزمان و در عرض هم دست به دست معاطات انجام می گیرد. پس نتوان گفت این بایع و آن مشتری است. [حقّ وجه چهارم است که معاوضه مستقلّی باشد.]

(۴)
(تنبیه چهارم)

تنبیه چهارم از تنبیهات معاطات، راجع به اینست که: اصل در معاطات [معنای لغوی آن] عبارتست از اینکه دو نفر [متعاطیین] هریک مال خود را به دیگری اعطا نماید. مثلاً زید کتابش را به بکر بدهد و بکر هم متقابلاً عبای خود را به زید بدهد. ولی همین اعطاء طرفینی برحسب قصد و نیّت باطنیِ متعاطیین به چهار صورت قابلِ تصویر است:

[البته به فرمودهٔ محشّینِ مکاسب از قبیلِ مرحوم سیّد در حاشیه[1] صور متصوّره بیش از چهار صورت می باشد. ولی اهمّ آنها همین چهار صورت است که با تبیین حکم اینها تکلیف بقیّهٔ صورهم روشن می شود.]

صورت اوّل: هریک از متعاطیین هدف و قصدشان از اعطاء مال، این باشد که بدین وسیله مال خود را به دیگری تملیک نمایند، البته نه تملیک مجّانی بلکه تملیک به عوض، یعنی در ازاء مال غیر، مال خود را تملیک می کند. و در حقیقت متعاطیین قصدِ بیع و معامله و مبادلهٔ مال به مال را دارند ولی گاهی این مبادله را با قول و صیغه انجام می دهند و گاهی با فعل و عمل و اعطاء که مورد بحث ما است.

[حال خود این صورت دو فرض پیدا می کند:

---

(۱)حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۷۷.

۱ـ عطاء طرفینی، دفعی و در عرض هم انجام می شود، یعنی همزمان با دستی مالی را می دهد و با دستی می گیرد، در این فرض تشخیص مُملِّک از متملّک، بایع از مشتری، موجب از قابل دشوار است و باید به معیارهای مذکور در تنبیه سوّم برگردیم.

۲ـ عطاء طرفینی تدریجی و در طول هم انجام می شود، یعنی اوّل زید کتابی را به بکر عطاء می کند و پس از مدّتی متقابلاً بکر عبائی را به زید می دهد. مرحوم شیخ همین فرض را عنوان کرده اند.] حکم این صورت آنست که: آنکس که اوّل عطاء کرد بایع بوده و بتوسّط او انشاء تملیک شد و معنای مطابقی و اصلیِ کار او انشاء تملیک است. و دوّمی کارش قبولِ مال و تملّکِ آنست، و کار اصلیِ او انشاء تملیک نیست.

ولی از آنجا که قبول و تملّک او مجّانی و بلاعوض نبوده بلکه مع العوض و در ازاء مال خودش بوده، در واقع در ضمن اخذ و قبول، ملتزم شده و به عهده گرفته که عبا را در قبال کتاب بدهد، و از باب وفاء به آنچه برذمّه گرفته، این مال را می پردازد [تملیکِ اوّلی بالاصالة و تملیک دوّم بالتبع است.]

در نتیجه ایجابَ و قبول معامله [فعلی نه قولی] به واسطه دادن و گرفتنِ عینِ اوّلی یعنی کتاب تمام شد، و پرداخت عینِ دوّمی یعنی عبا، از حقیقتِ معاطات بیرون است.

[حکم این صورت: چنین معاطاتی بیع عرفی و شرعی بوده و مشمول عمومات و اطلاقاتِ بیع است و احکام آن را هم دارد و تمام بحثهائی که تا به حال در معاطات ذکر شد، مربوط به همین صورت بود که متعاطیین قصد مبادلهٔ مال با مال را داشتند.]

قوله: فلومات:

ثمرهٔ تمامیّت معامله با دفع و اخذ عین اوّلی و خروج دفع عین ثانی از حقیقت

معاطات، در اینجا ظاهر می شود که: اگر دوّمی یعنی گیرنده قبل از آنکه عین را به اوّلی یعنی معطی بدهد، مُرد و از دنیا رفت، معامله تمام است و منفسخ نمی گردد و باید از ما ترک او عوض را به اوّلی بدهند.

قوله: وبهذا الوجه:

قبلاً هم در تنبیه دوّم که صحبت از مراتبِ معاطات بود و گفتیم: در معاطات قبض هردو عوض لازم نیست، بلکه اعطاء و اخذ از یک طرف هم کافی است برهمین اساس مطلب را حلّ کردیم که ایجاب و قبول، تملیک و تملّک با دفع عین اوّل حاصل می شود و نوبت به دفع عین ثانی نمی رسد.

قوله: فیکون:

گویا کسی می پرسد: این مطلب با معنایِ اصلیِ معاطات نمی سازد زیرا معاطات در اصل اعطاء طرفینی بودنه یکطرف ...، شیخ ره در جواب می فرمایند: ما روی عنوان معاطات که متقوّم به اعطاء طرفینی است تکیه نمی کنیم و مهمّ اصل معامله و تملیک و تملّک است و اگر نامش را معاطات می گذاریم از باب اینست که معامله با فعل و عطاء حاصل شده است نه با قول.

قوله: ومثله:

مطلب مذکوراختصاص به واژهٔ معاطات ندارد، واژه های دیگری هم وجود دارد که با اینکه مفاعله هستند و از نظر لغت میان دو نفر می باشند، ولی برفعل یک طرف هم اطلاق شده اند، از قبیل: مصالحه که برانشاء صلح از یکطرف و قبول آن از طرف دیگر اطلاق می شود. [در صلح غیر معوّض چنین است که مصالحِ وجهی را می دهد و مصالح له آن را می گیرد و براین عنوان مصالحه اطلاق می شود. و مانند مساقات که عبارتست از: اعطاء البستان للسقی که از طرف مالکِ بُستان اعطاء و از ناحیهٔ عاملِ ساقی، قبول و اخذ صورت می گیرد و اعطاء طرفینی نیست ولی واژهٔ مساقات بکار رفته.

و مانند مزارعه که به معنای اعطاء الارض للزارع است و چنین نیست که هریک از صاحب زمین و عاملِ مزارع اعطاء و اخذی داشته باشند ولی مفاعله بکار رفته، و مانند مواجرة که تملیک منفعت در مقابل عوض است و کار موجر است که منفعت خانه اش را به مستأجر تملیک می کند و او هم قبول و تملّک می نماید، نه اینکه هر کدام ایجاب داشته باشند ولی معذلک باب مفاعله استعمال شده است و ...

قوله: وبهذا الاطلاق:

باز در موارد دیگر غیر از بیع هم کلمهٔ معاطات استعمال شده آنهم در فعل یکطرف نه دو طرف، به عنوان مثال:

درباب رهن چنین نیست که هریک از راهن و مرتهن مالی را به دیگری رهن بدهند بلکه از یکطرف اعطاء است [راهن] و از طرف دیگر اخذ و قبول است [مرتهن] معذلک اگر همین کار با فعل انجام شود نه قول، نامش رهنِ معاطاتی است. و هکذا در قرض معاطاتی و هبهٔ معاطاتی که یک اعطاء و اخذ بیشتر نیست.

قوله: و ربّما یستعمل:

گاهی لفظ معاطات برخصوص معامله ای اطلاق می شود که بوسیلهٔ فعل و عمل حاصل می شود اگرچه عطاء [دادن با دست و رساندن بدست طرف مقابل] هم صدق نکند. [کما فی اخذ البقل او الماء مع غیبة البقّال او السقاء ووضع الفلوس فی کوزه ...] البته صحت چنین اطلاقی محلّ تأمّل است چون اصلاً عطائی نیست، یا صحّت چنین معامله ای مورد تأمّل است. چون به فرمودهٔ مرحوم شهیدی:

وجه التأمل انتفاء الانشاء رأساً اذ لیس فیها انشاء تملیکٍ لا قولاً ولا فعلاً[1]

قوله: ثانیها:

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۸۰.

صورت دوّم: قصد هریک از متعاطیین، تملیک در مقابل تملیک باشد، یعنی زید کتابش را به بکر تملیک می کند تا در مقابل، بکر هم عبایش را به زید تملیک نماید. تفاوت این صورت با صورت اوّل در اینست که: در صورت اوّل مقابله و مبادله میان دو ملک و دو مال بود یعنی عبا با کتاب مبادله می شد، ولی در این صورت مقابله و معاوضه میان دو تملیک یا دو فعل است [و اگر بخواهند با صیغه و قول این دو صورت را بیان کنند در صورت اوّل می گوید: بعتُ یا ملّکتُ هذا بهذا ای کتابی بعبائک، که باء مقابله را برسر مال درمی آورد یعنی مبادلهٔ مال با مال است. ولی در صورت دوّم می گوید: ملکتکّ هذا بازاء تملیک کذا ایایّ، که باء مقابله را برسر تملیک در می آورد یعنی مبادله بالاصالة بین دو فعل است و بالتّبع مالین هم به طرفین منتقل می شود.]

و تفاوت دیگر آنست که: در صورت اوّل از یکطرف که اعطاء صورت می گرفت و از طرف دیگر اخذ، معامله تمام بود... ولی در این صورت معامله متقوّم به عطاء طرفینی است چون تملیک قولی که ندارند، فعلی هم باید با فعل باشد، پس هرکدام باید به قصد تملیک مالش را بدیگری بدهد تا مقابلهٔ تملیک با تملیک محقّق شود.

قوله: فلومات:

ثمرهٔ عملیِ مقابله بین المالین در صورت اوّل قبلاً بیان شد، و ثمرهٔ مقابله بین الفعلین آنست که: اگر از یکطرف عطاء و دفع و در واقع تملیک مقابلی محقّق شد ولی از طرف دیگر هنوز تملیکی و عطائی محقّق نشده بود، طرف مرد، باید بگوئیم: معاطات محقّق نشده و چنین معامله ای منفسخ می شود. [دقیقاً مثل آنست که در بیع بالصیغه، از طرف بایع ایجاب گفته شد ولی هنوز مشتری قبلتُ نگفته بود مُرد که معامله باطل می گردد.]

قوله: وهذا بعید:

صورت اوّل که بیع عرفی بود و احکام بیع را داشت. امّا صورت دوّم که مقابله بین تملیکین است، آیا نام این معاوضه چیست؟ چهار احتمال در اینجا مطرح است:

۱ـ داخل در بیع باشد، شیخ ره می فرماید: این صورت از معنای بیع بعید است [زیرا اوّلاً بیع به معنای مبادلهٔ مال به مال است، نه فعل به فعل، و ثانیاً در بیع شرط است که مبیع حتماً عینی از اعیان باشد و در اینجا فعلی از افعال است.]

۲ـ هبهٔ معوّضه باشد، شیخ ره می فرماید: صورت ثانی از جهتی قریب به هبهٔ معوضه است ولی از جهتی هم بعید از هبه است.

امّا جهتِ قُرب: در هبهٔ معوّضه تملیک از ناحیهٔ واهب مجّانی است و تنها در ضمن هبه شَرط عوض می شود، در ما نحن فیه هم معاوضه بین دو تملیک است نه دو مال و در نتیجه مالین مجّاناً به طرفین می رسد و منتقل می شود، پس شبیه هبه است.

و امّا جهتِ بُعد: در باب هبه اگر متهّب در عوض چیزی به واهب نداد و به شرطش وفا نکرد هبه باطل نمی شود، بلکه حدّاکثر واهب حقّ رجوع دارد، زیرا که طرف تخلّف از شرط نموده است. ولی در ما نحن فیه اگر از یکطرف تملیک صورت گرفت ولی از طرف مقابل تملیکی انجام شد، معاوضه باطل می شود و مالی را هم که گرفته به ملک او در نمی آید و باید به مالکِ اصلی برگرداند. پس، از هبه بودن فاصله دارد.

قوله: الاّ ان یکون:

اوّلی که مال خود را به دوّمی تملیک می کند، دو صورت دارد:

۱ـ تملیک دوّمی برای اوّلی بروجه عوض بودن مدّنظر است یعنی قصد اوّلی عبارتست از تملیک در مقابل تملیک، تا به حال این فرض مطرح بود.

۲ـ تملیک دوّمی برای اوّلی بروجه داعی بودن مدّنظر است، یعنی اوّلی مجّاناً کتابی را به دیگری تملیک می کند ولی انگیزه اش از این تملیک مجّانی

آنست که دوّمی هم مجّاناً چیزی را به او تملیک کند. [مانند اینکه یکی از دوستان یا بستگان شما ازدواج می کند یا صاحب فرزندی می شود یا منزلی خریداری می کند، یا بدون هیچیک از اینها شما برایش هدیه ای می برید و انگیزهٔ شما اینست که فردا او هم برای شما هدیهٔ بزرگتری بیاورد].

حال اگر تملیک ثانی بروجه داعی بودن مطرح باشد، بروجه عوض بودن، تخلّف این تملیک قادح نیست، و می توان این فرض را به هبهٔ معوضه ملحق نمود. ولی عمدهٔ نظر روی فرض اوّل است که از هبه بودن دور بود.

۳ـ چنین معاوضه ای یکنوع مصالحه باشد چون صلح عبارتست از تسالم و توافق طرفین برامری از امور و در اینجا هم تسالم برتملیک در قبال تملیک است پس احکام و قوانین باب صلح را دارد.

۴ـ اصلاً این نوع از معاوضه، یک معاوضهٔ مستقلّی باشد که مشمول عمومات تجارةً عن تراضٍ واوفوا بالعقود و... بوده و احکام مطلق معاوضه برآن مترتّب شود ولی احکام خصوص بیع یا صلح و... را نداشته باشد.

مرحوم شیخ یکی از دو احتمال ۳و۴ را ترجیح می دهند و به نظر می رسد همین احتمال رابع اقوی است.

قوله: ثالثها:

صورت سوّم: یکی از متعاطیین به قصد اباحهٔ تصرّف مالی را بدیگری اعطاء می کند و آندیگری به نیّت تملیک وجهی را می پردازد.

بیان ذلک: مُعطیِ اوّلی که کتابی را به دوّمی می دهد قصدش اباحهٔ معوّضه است یعنی تصرف در کتاب را برای دوّمی مباح می کند، امّا نه مجّاناً بلکه در مقابل عوضی، یعنی به این نیّت که دوّمی هم در مقابل این اباحهٔ تصرف، وجهی را به ملک اوّلی درآورد، و دوّمی هم با کتاب گرفتن از اوّلی آن اباحهٔ عوض دار را قبول می کند، و بدنبال اخذ و قبول، باید وجه مذکور را بپردازد ولی داخل در این

معاوضه نیست بلکه دفعٌ لما التزمه علی نفسه بازاء قبول الاباحه.

پس آنچه از اوّلی صادر شده اباحهٔ در مقابل عوض است و آنچه بالمطابقه از دوّمی صادر شده، قبول اباحهٔ مذکور است و ضمناً تملیک وجه مذکور به اوّلی هم هست. کار یکی اباحه و کار دیگری تملیک است.

قوله: کما لوصرّح:

ما نحن فیه معاطاتی است و اباحه و تملیک با فعل انجام می گیرد، ولی نظیر آنست که اوّلی به زبان بیاورد و صریحاً بگوید: اَبَحْتُ لک کذا بدرهم، یعنی تصرف در کتاب را برای شما مباح کردم، در مقابل اینکه شما هم درهمی را به من تملیک کنید. که ازیکطرف اباحه و از طرف دیگر تملیک است. [حکم این صورت بعداً خواهد آمد.]

قوله: رابعها:

صورت چهارم: هدف هرکدام از متعاطیین اینست که مال خود را برای دیگری مباح التصرّف کند، و به وسیلهٔ اعطاء به دیگری حقّ هرنوع تصرّفی را بدهد [مثل اینکه صریحاً هر کدام به دیگری بگویند: اَبَحْتُ لک التصرّف فی هذا المال.] خود این صورت دو فرض دارد: [همانطوری که صورت ثانی دو فرض داشت]

۱ـ اباحه در مقابل اباحه باشد، یعنی فی الواقع نوعی معاوضه است ولی نه بین المالین بلکه بین الفعلین، آنهم نه بین دو تملیک بلکه میان دو اباحه [گویا یکی به دیگری می گوید: ابحت لک هذا بازاء اباحتک ایایّ] در نتیجه اگر احدهما با اعطاء تصرّف، مالش را برای دیگری مباح ساخت ولی دیگری چنان نکرد اباحهٔ اوّلی هم باطل می گردد.

۲ـ اباحه به داعی اباحه باشد، یعنی اوّلی که تصرّف در مالش را برای دوّمی مباح می سازد، مجّاناً چنین می کند، ولی داعی و انگیزهٔ او از این اباحهٔ مجّانی، آنست که دیگری هم مالش را به او مباح سازد. [مثل اینکه همسایه به همسایه

نردبانی را می دهد تا کاری انجام دهد و انگیزه اش آنست که اگر فردا او هم نیازی به تیشه یا پاروی همسایه داشت و مراجعه کرد، همسایه دریغ نکند.]

قوله: وکیف کان:

یعنی این مهم نیست که اباحه در ازاء اباحه باشد یا به داعیِ آن، مهمّ بیان احکام این چهار صورتی است که تصویر شد:

امّا صورت اوّل: معلوم شد که آن قسم از معاطات، بیع است و احکامِ بیع را دارد.

وامّا صورت دوّم: احتمالاتی مطرح بود که ذکر شد و اظهر این بود که معاوضهٔ مستقلّی باشد.

و امّا صورت سوّم و چهارم: در رابطه با این دو صورت دو اشکال و سئوال عمده مطرح است:

[البته علی فرض قصد المتعاطیین لهما، یعنی تا به حال در معاطات به قصد تملیک بحث بود و هو المتعارف حال در معاطات به قصد اباحه بنابراینکه متعاطیین چنین قصدی داشته باشند، بحث می کنیم.]

اشکال اوّل: آیا به مجرّد اباحهٔ تصرّف از سوی مالک [چه با قول این کار را انجام دهد، به اینکه بگوید: ابحتُ لکَ کل تصرّف فی مالی، و چه با فعل، به اینکه مالش را به دیگری بدهد و قصدش این باشد که حق هرنوع تصرّفی داری.] هرگونه تصرّفی برای مباح له مشروعیّت پیدا می کند؟ [چه تصرّفاتی که متوقف برملک نیست و چه تصرفاتی که متوقف برملک است از قبیل بیع و عتق و وطی و...] یا خصوص تصرّفات غیر متوقف برملک تجویز می شود.

اشکال دوّم در معاوضات شرعیّه عقدی نداریم که مرکّب از یک اباحه و یک تملیک باشد حال آیا چنین چیزی صحیح است یا خیر.

امّا جواب اشکال اوّل می فرمایند به مجرّد اذن و اباحه مالک، مطلق تصرفات

برای مباحله جایز نمی شود. و خصوص تصرفی که متوقف برملک نباشد تجویز می شود. زیرا وجهی برای جواز تصرّف متوقّف برملک نیست.

قوله: فانّ اذن:

اگر کسی بگوید: خود مالک به مطلق تصرفات راضی شده و اذن داده است، چرا جایز نباشد؟ جوابش اینست که: اذن مالک که مشرّع [شرع درست کن و مجوّز شرعی] نیست. [وگرنه باید با اذن مالک تبدیل عنب به خمر، خشب به صلیب و صنم و... نیز جایز باشد.] اذن مالک در محدودهٔ خاصّ نافذ و گذرا است، و حدّش تا آنجائی است که عقلاً و شرعاً جایز باشد، و اگر چیزی عقلاً یا شرعاً صحیح نبود، در آنجا اذن مالک وجودش کالعدم است. به عنوان مثال: اینکه انسان مال دیگری را برای خود بفروشد، یعنی مثمن از ملک دیگری خارج شود ولی ثمن به ملک این فروشنده داخل شود، عقلاً معقول نیست.

چنانچه علاّمه در قواعد تصریح کرده [۱] زیرا بیع و معاوضه نیست، بیع آنست که مالین مبادله شوند، مثمن از ملک هرکس خارج می شود ثمن هم به ملک همان فرد داخل شود، و شرعاً هم جایز نیست زیرا دلیل می گوید: لا بیع الاّ فی ملک، یعنی تا انسان مالک نباشد بیع برای او واقع نمی شود، حال که چنین بیعی عقلاً و شرعاً جایز نیست چگونه ممکن است با اذن مالک تجویز شود؟ پس وجهی برای تجویز مطلق تصرّفات به مجرّد اباحهٔ مالک، وجود ندارد.

قوله: نعم:

اگر بخواهیم با اباحهٔ مالک [و گفتن این که: ابحتُ لک ان تبیع مالی لنفسک] جمیع تصرّفات جایز شود، دو راه دارد که در ما نحن فیه هیچکدام وجود ندارد:

قوله: احدهما:

---

(۱) قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۵۱.

راه اوّل: [این راه علی القاعده است که العقود تابعةٌ للقصود] شخص مُبیح که هرنوع تصرفی را در مالش برای دیگری مباح می کند و می گوید: ابحت لک ان تبیع مالی لنفسک [بیع از باب مثال برای تصرّفات ملکی است وگرنه اختصاص به بیع ندارد، شامل عتق و... نیز می شود.] [و یا عملاً مالی را اعطاء می کند و منظورش اباحهٔ هرنوع تصرفی است.] هدفش یکی از امور ثلاثة باشد:

الف: هدف انشاء توکیل به قرار ذیل باشد:

آقای مباح له و مخاطب از طرف من [مبیح] وکیل است که مال مرا برای خودم بفروشد و پس از بیع مجدّداً وکیل است که پول آن را از طرف من به خودش هبه و تملیک نماید.

ب: هدف انشاء توکیل به نوع دیگر باشد:

مباح له از ناحیهٔ من وکیل است که نخست مال مرا به خود هبه نموده و مجّاناً تملیک کند و سپس آن را که مالک شده برای خود بفروشد.

ج: منظور مُبیح این باشد که با نفس همین جمله [ابحت لک ان تبیع مالی لنفسک] انشاء تملیک کند و بدین وسیله مالش را به مخاطب تملیک نماید [منتها جملهٔ مذکور نصّ در تملیک و نملّک نیست بلکه از باب کنایه است، یعنی ذکر لازم نموده که اباحهٔ بیع مال برای خود مخاطب باشد، و ارادهٔ ملزوم نموده که تملیک باشد.] و متقابلاً مباح له که مال را اخذ کرده و می فروشد، این فروختن به منزلهٔ قبول توکیل یا تملیک، تلّقی می شود و معنایش آنست که من این توکیل یا تملیک را قبول کردم.

[هرکدام از سه صورت که مقصودِ مبیح باشد، مشکل حلّ است، و چیزی خلاف قاعده نیست.]

قوله: کما صرّح:

صورت سوّم از سه امر مذکور، شبیه مثالی است که علاّمه در تذکره بدان

تصریح نموده و فرموده: وقتی که مرد مسلمانی به مولای عبدی می گوید: اعتق عبدك عنّی [این اگرچه نصّ در طلب عتق است، و ظهور در تملیک ندارد، ولی با توجه به اینکه مسلمان می داند که: لا عتق الاّ فی ملک، و تا انسان مالک نباشد عتق هم برای او صورت نمی گیرد.

جملهٔ مذکور بطور ضمنی استدعاء تملیک از سوی آن مسلمان است. [مثل ابحتُ لک ... که انشاء تملیک بود.] و متقابلاً مولای عبد که او را آزاد می کند این اعتاق اجابت استدعای مسلمان از سوی مولا است. [مثل قبول مباح له که بیع او به منزلهٔ قبول و کاشف از آن بود.]

در نتیجه با همین استدعاء و جواب، نقل و انتقال ضمنی محقّق می شود، و یک ملکیّت آناًمائی و تقدیری درست می شود، یعنی آناًمّا قبل العتق از ملک مولی درآمد و به ملک مستدعی داخل شد و از ناحیهٔ او و برای او آزاد شد. و چنین نقل و انتقال یا بیعی را تملیک ضمنی گویند و شروطی که برای صیغهٔ بیع عنوان شده [از قبیل تقدم ایجاب برقبول و ...] در چنین بیعی معتبر نیست.[1]

[متن عبارت علاّمه به نقل مرحوم شهیدی[2]

فروعٌ الاوّل: انّما یفتقر الی الایجاب و القبول فیما لیس الضمنیّ من البیوع وامّا الضمنی کاعتق عبدك عنی بکذا ففیه الالتماس والجواب ولا تعتبر الصیغة المتقدّمة اجماعاً]

قوله: ولا شكّ:

جواز بیع یا مطلق تصرّف ملکی به یکی از سه وجه مذکور بود، و مع الاسف در ما نحن فیه [ثالثها و رابعها] هیچکدام از سه راه موجود نیست، زیرا نه مقصود مُعطی و مبیح اذن در توکیل به نحو ثانی از سه فرض مذکور است که اوّل اذن در

---

(۱) تذکر الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.
(۲) هدایه الطالب، ص۱۸۰.

توکیل برای اهداء مال به خود و سپس بیع بود، و نه اذن در توکیل به نحو اوّل از امور مذکور است که اوّل اذن در توکیل در بیع برای خود مبیح سپس انشاء توکیل در هبه و تملیک به خودش باشد، و نه مبیح با این اعطاء قصد تملیک دارد و نه مباح له از آن بیع قصد تملّک دارد، اصلاً مسئلهٔ تملیک و تملّک مطرح نیست تا کسی بگوید: این تملیک یک تملیک ضمنی است و مقصود متعاطیین از اعطاء بوده ولی نص و ظهوری نیست، همانند اعتق عبدك عنّی که تملیک اجمالی و ضمنی داشت. پس در ما نحن فیه مجوّزی برای مطلق تصرّفات پیدا نشد.

قوله: ولذا عدّ:

ولذا که در مثال اعتق عبدك عنّی تملیک ولو ضمناً مقصود می باشد اصولیّینِ عامّه و خاصّه گفته اند: دلالت این کلام برتملیک عبد به مستدعی از نوع دلالت اقتضاء است، بیان ذلک:

در خاتمهٔ مبحثِ مفاهیم از اصول فقه، خواندیم که غیر از دلالت منطوقی و مفهومی نوع دیگری از دلالات هم وجود دارد که نامش دلالت سیاقی است و خود انواعی دارد، یکی از انواعِ آن دلالت اقتضاء است که عبارتست از: دلالتی که مراد و مقصودِ متکلّم از کلام است و بگونه ای است که صحّت یا صدق کلام برآن توقّف دارد و لولا این دلالت یا کلام کذب بوده و یا باطل خواهد بود و این توقّف در بعض موارد عقلی است، مانند: واسئل القریة، که ظاهرِ آیه سئوال را به قریه اسناد داده. **ولی عقل می گوید**: قریه همان در و دیوار و ساختمان و زمین است و اینها جمادات بوده و ادراك و شعوری ندارند تا از آنها بپرسیم ولذا سئوال از آنها معقول نیست، براین اساس باید چیزی در تقدیر باشد که مراد متکلم همان است و آن کلمهٔ اهل است یعنی از اهل قریه بپرس، و این تقدیر یا از نوعِ مجاز در حذف است [به حذف مضاف] و یا از بابِ مجاز در اسناد است، [اسناد الشیئ الی غیر ما هو له] نظیر جری المیزاب و ...

و در پاره‌ای موارد، توقّف شرعی است، مانند: اعتق عبدك عنّی، که عقلاً هیچ محذوری ندارد که عبد مال زید باشد ولی عتق و آزادی برای بکر محقّق شود، ولی شرعاً چون دلیل داریم که: لا عتق الاّ فی ملک، یعنی تا مالک نباشی آزادی برای شما محقّق نمی شود، لذا می گوئیم: مراد اینست که: ملّکنی عبدك بکذا ثم اعتقه عنی.

قوله: ومن المعلوم:

امّا در ما نحن فیه فرض بحث در موردی است که طرفین صد در صد به قصد اباحهٔ تصرّف تعاطی می کنند و غیر از آن هیچ قصد دیگری نه صریحاً و نه ضمناً ندارند.

قوله: الثانی:

راه دوّم: [این راه قانونی نیست و براساس دلیل خاصّ است.] آنست که: مبیح قصد تملیک ندارد و صرفاً قصد اباحهٔ تصرّف دارد، ولی دلیل شرعیِ خاص [کتاب، سنّت، اجماع] به یکی از دو صورت، قائم است:

۱ـ دلیل خاصی وارد شود مبنی براینکه: به مجرّد اباحهٔ مالک [ولو به هیچ وجه قصد تملیک ندارد] جمیع تصرفات [حتی آنها که متوقف برملک است] در حق مباح له، جایز می شود. [عبارت مرحوم شیخ کلمهٔ حصول الملکیة دارد ولی به قول مرحوم شهیدی: الصواب بمقتضی قوله فیکون کاشفاً عن ثبوت الملک ...

وقوله فی بیان وجه فقدان هذا الوجه فیما نحن فیه اذا المفروض انّه لم یدلّ دلیل ... ان یقول بدل حصول الملکیّة، اباحة جمیع التصرفات حتی المتوقفة علی الملک[1]] و در نتیجه دلیل خاص کاشف از ثبوت ملک برای مباح له آناًمّا قبل از بیع باشد [یعنی به مقتضای جمع بین این دلیل خاص با دلیل لا بیع الاّ فی ملک، حکم به ملکیت تقدیری آناًمّائی بکنیم.] در نتیجه بیع در ملک خود مباح له واقع

(۱)هدایة الطالب، ص۱۸۰و۱۸۱.

شده است و محذوری ندارد.

۲ـ دلیل خاصّی وارد شود مبنی براینکه: اگر مباح له، مالِ مأخوذ را فروخت، بیع برای خود مُبیح و مالک اصلی واقع می شود، و بلافاصله از ملک مبیح خارج شده و به ملک مباح له درمی آید [دخول در ملک همان و خروج از ملک همان.]

قوله: فیکون ذلك:

ما نحن فیه [همین صورت دوّم که مطرح شد] شبیه مالکیّت انسان نسبت به عمودین [پدر و مادر] است که وقتی انسان عمودین یا یکی از آن دو را که بَرده بودند خریداری می کند و مالک می شود، دخول در ملک همان و خروج قهری از ملک هم همان.

قوله: فانّه حینئذ:

اگر دلیل خاصی برانتقال ثمن به مباح له یا ملک عمودین داشتیم، بناچار قائل به ملکیّت آناًمّا می شویم تا جمع بین ادلّه محقّق شود.

بیان ذلک:

یکدلیل می گوید: ثمن به مبیح منتقل شد و سپس به مباح له، پس بناچار باید ملکیّتِ آناًمّا فرض شود، یا در مثال عمودین، یکدلیل می گوید: الانسان لا یملک عمودَیه و دلیل دیگر می گوید: لا عتق الاّ فی ملکٍ، یعنی تا مالک نشود آزادی نمی آید، جمع بینهما به ملکیّت تقدیری آناًمّائی است.

قوله: وهذا الوجه:

همانطوری که وجه اوّل [احدهما ان یقصد المبیح ...] در ما نحن فیه مفقود بود، هکذا وجه ثانی هم [الثانی ان یدلّ ...] در ما نحن فیه مفقود است، زیرا فرض بحث در اینست که: دلیل خاصی بر صحّتِ اباحهٔ مطلقه قائم نشده وگرنه ما تابع دلیل بودیم و مخالفت نمی کردیم. [البته وجه ثانی خود دو صورت داشت

که صورت دوّم آن، مجرّد فرض بوده و صورت اوّل هم بی دلیل است، و مرحوم شیخ تنها فقدان صورت اوّل را متعرّض شده اند.]

قوله واثبات:

اگر کسی بگوید: قبول داریم که دلیل خاصّی برصحّت اباحۀ عامّه و مطلقه نیست ولی نیازی به دلیل خاص نداریم، و عموم حدیث سلطنت [که سلطنت مطلقه را برای مالک ثابت می کند، و از شُعَبِ سلطنت مطلقه همین است که حق دارد به دیگری اذن در هرگونه تصرّفی بدهد.] ما را بس است، و به برکت آن ثابت می کنیم که: مباح له حق هرنوع تصرّفی را دارد.

قوله: یتوقّف:

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: استناد به عموم مذکور، متوقّف برمخالف نبودن مفاد آن با قواعد دیگر است، ولی مع الاسف، عموم سلطنت و در نتیجه اباحۀ مطلقه با قواعد مسلّم دیگر منافی است و نتوان بدان تمسّک کرد، و آن قواعد عبارتند از:

۱ـ قانون توقّف انتقال ثمن به شخص برمالک مثمن بودن او، یعنی وقتی ثمن به ملک انسان داخل می شود که مالک مثمن بوده و مثمن از ملک او خارج شود. [و در یک کلام: لا بیع الاّ فی ملک] و معامله یعنی همین.

۲ـ قانون توقّف صحت عتق برملک، یعنی وقتی عتق صحیح است و برای مُعْتِقْ واقع می شود که مالکِ عبد باشد وگرنه وقوع عتق برای او مفهومی ندارد. [لاَ عتق الاّ فی ملک]

۳ـ قانون توقّف صحّت وطی برتحلیل مولی آنهم با صیغۀ خاصّی، یعنی اگر بخواهد آخذ و مباح له در جاریه ای که به او اعطاء شده، تصرّف نموده و با او مواقعه کند، باید یا مالک جاریه شود و یا با صیغۀ مخصوصِ احللت... باشد و با شروط آن در باب نکاح، تحلیل شود وگرنه به مجرّد اذن در مطلق التصرّف،

وطی حلال نمی شود. [لا وطی الاّ فی ملک]

[و به زودی در ذیل و دعوی انّ الملک ... خواهد آمد که این قواعد برعموم سلطنت حکومت دارند و نوبت به استناد به عموم مذکور نمی رسد.]

قوله: ولاجل ما ذکرنا:

کماکان مطلب به قوّت خود باقی است و به مجرّد اباحهٔ مالک، مطلق تصرّفات برای مباح له جایز نمی شود، حال در این قسمت برای تأیید و تثبیت بیشتر مطلب، سه شاهد می آورند:

۱ـ مشهور فقهاء [و بلکه ادعای نفی خلاف شده و بعضی گفته اند: لم نجد مخالفاً] تصریح کرده اند به اینکه: اگر شخصی به دیگری مالی را بدهد و به او بگوید: اشتر به لنفسک طعاماً، این کلام به چهار صورت قابل فرض است:

الف: مراد این باشد که: شما از طرف مالک وکیل هستید که اوّل این مال را به خودتان قرض بدهید و بعد که قبول قرض کردید و مالک شدید با آن برای خود طعامی بخرید. این فرض محذوری ندارد و علی القاعده است زیرا ثمن از ملک شما خارج شده و مثمن یعنی طعام به ملک شما داخل می شود.

ب: مراد متکلّم این باشد که: شما وکیل هستید که اوّل با این مال طعامی برای مالک اصلی خریداری کنید و سپس وکیل می باشید که طعام را از سوی مالکش به خودتان قرض بدهید. این نیز محذوری ندارد و علی القاعده است.

ج: مراد این باشد که: شما طعامی را به ذمّه خریداری کنید، و وقتی خریدید و طعام در ملک شما داخل شد و در مقابل وجهی هم به ذمّهٔ شما آمد، ما فی الذمّه را با این مال اداء نموده و وفاء دین کنید. این نیز بلا اشکال است.

د: هیچکدام از اینها مراد نباشد و صرفاً منظور این باشد که ثمن مال مالک باشد و مخاطب حق داشته باشد با مال غیر، طعامی برای خود خریداری کند، و به مجرّد اذن مالک، چنین بیعی صورت بگیرد.

مشهور گفته اند: چنین بیعی صحیح نیست.

و علاّمه در موارد زیادی از کتاب قواعد بدان تصریح نموده است[1] و در بعضی موارد فلسفهٔ عدم صحت را اینگونه آورده است: معنی ندارد که انسان با مال دیگری چیزی را برای خود خریداری کند[2]

مرحوم شیخ می فرماید: وهو کذلک، یعنی تعلیل علاّمه صحیح است و ما هم قبول داریم، چراکه مفهوم معاوض و مبادله آنست که ثمن از ملک هر کس خارج شد، معوّض و مثمن به ملک همان کس درآید وگرنه معوض، عوض و بدل از آن ثمن نخواهد بود، و معنی ندارد که ثمن از ملک مالک اصلی درآید ولی مثمن و طعام به ملک مخاطب به خطاب اشتربه لنفسک طعاماً داخل شود. پس به مجرّد اباحهٔ مالک، هر تصرّفی برای مخاطب، مباح نمی شود.

۲ـ قوله: ولما ذکرنا:

شیخ طوسی و دیگران فرموده اند: هبهٔ معاطاتی مفید ملکیت نبوده و صرفاً مفید اباحهٔ تصرّف است و در نتیجه اگر واهب، جاریه ای را به معاطات به کسی هبه کرد، او حقّ دارد از خدمات جاریه استفاده کند و انتفاع ببرد ولی حق ندارد با جاریه مباشرت کند.

کیفیت استشهاد: هدف واهب از هبهٔ جاریه اباحهٔ مطلقه بوده و اصلاً قصد تملیک داشته ولی چون ملکیّت نیامد، حقّ جمیع تصرفات هم ثابت نشد، پس باز هم به مجرّد اذن و اباحهٔ مالک، هر تصرّفی مباح نمی شود.

۳ـ قوله: وعرفت ایضا:

شهید اوّل ره در حواشی خودش فرموده:

مالی را که به عنوان معاطات به چنگ آورده ای نمی توان آن را درجهت خمس

---

(۱)قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۵۱.

(۲)قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۵۱.

اخراج کرد [اگر خمسی به گردن شما است آن را با این مال معاطاتی نتوان ادا کرد.] و یا در جهت زکات و به عنوان بهای قربانی در حج، اخراج نمود، و نیز جاریه ای که به معاطات گرفته ای، وطی او جایز نیست، با اینکه مقصود معطی اباحهٔ مطلقه و بلکه تملیک است ولی معذلک به مجرّد اذن و اباحهٔ مطلقه هر نوع تصرّفی جایز نشد.

قوله: و دعوی:

تا به حال ثابت شد که در مانحن فیه دلیل خاصّی هم بر ملکیّت تقدیری و آناً مّایی نیست تا بر اساس آن بگوییم: مباح له یک آن پیش از بیع مال مبیع برای خود، مالک آن گردیده و بیع در ملک خودش واقع شده است.

حال اگر کسی مدّعی شود که: برای اثبات ملکیّت تقدیری و آناًمایی در مانحن فیه ایضاً [یعنی مثل باب ملک عمودین که گذشت.] احتیاجی به دلیل خاصّ نداریم بلکه همانگونه که در سایر موارد ملک تقدیری [از قبیل ملک عمودین که گذشت، و ملک دیه که در ادامه خواهد آمد، و مواردی که قبلاً در استبعادات کاشف الغطاء در اوایل مبحث معاطات گذشت.] به مجرّد جمع میان دلیلین یا ادلّه، قائل به ملکیّت تقدیری می شدیم، هکذا در مانحن فیه هم به مجرّد جمع میان دلیلین، این ملکیّت را قائل می شویم، و منظور از دلیلین عبارتست از:

۱ـ عموم حدیث سلطنت: این عموم یا اطلاق می گوید: مردم بر اموال خود مسلّط اند و هیچ گونه قید و شرطی هم ندارد، و از جملهٔ شعب سلطنت، اباحهٔ مطلقه است، یعنی حق دارد هر نوع تصرّفی در مال خود را [از مُتلف و ناقل و غیره، از متوقف بر ملک کالبیع والعتق والوطی و... و غیر متوقف بر ملک] برای هر کس که بخواهد، مباح و مجاز کند، پس به عمومش اباحهٔ بیع و عتق و... را نیز شامل است. پس باید مباح له بتواند مال مبیح را برای خود بفروشد، عبد او را برای خود آزاد کند، با اینکه مالک هم نیست.

۲ـ ادلّه ای که هر کدام نوعی از تصرف را متوقف بر ملک و منحصر در مالک

نموده و مثلاً می گوید: لا بیع الاّ فی ملکٍ، لاعتق الاّ فی ملک، که مفادش اینست: تا مالک نباشی حق بیع و عتق و... نداری، و با عموم حدیث سلطنت اصطکاك دارد.

حال اگر بگوییم: مباح له حقّ ندارد در مال مبیح، تصرّف بیعی و عتقی و... نماید با عموم حدیث سلطنت مخالفت شده، و اگر بگوییم: با اینکه مالک نیست حقّ بیع و... دارد با عموم لا بیع و لاعتق الاّ فی ملک، مخالفت شده است. لذا جمعاً بین الدلیلین می گوییم: آناًمّا قبل البیع او العتق مالک می شود و سپس بیع و... در ملک خودش واقع می شود و هیچ محذوری هم ندارد. حال این ادّعا چه مانعی دارد؟

قوله: مدفوعة:

جمع میان دو دلیل در فرضی است که دلیلین متنافیین باشند، ولی در ما نحن فیه، روایات لاعتق و لابیع و... با حدیث سلطنت تنافی ندارند و متعارضین نیستند بلکه روایات مذکور بر حدیث سلطنت حکومت دارند و حاکم بر محکوم تقدّم دارد.

بیان ذلک: حدیث سلطنت می گوید: الناس مسلطون علی اموالهم، یعنی مردم بر اموال خود مسلّط هستند، اما نمی گوید: الناس مسلطون علی احکام اموالهم، یعنی مردم بر احکام اموال خود مسلّط نیستند که هر کاری با مال خود خواستند بکنند، احکام اموال در دست شارع است، و به عبارت دیگر حدیث سلطنت مشرّع و تشریع درست کن نیست.

[وگرنه معنایش این خواهد بود که مردم حق دارند انگورهای خود را شراب کنند، چوبهای باغهای خود را صلیب و صنم کنند و...] حال وقتی شارع مقدّس بما هو شارع می گوید: مردم بر اموال خود مسلّط هستند، منظور اینست که: در محدودهٔ تصرّفاتی که شرعاً جایز باشد سلطنت دارند، والناس مسلطون

علی اموالهم فیما یجوز شرعاً پس دایرهٔ حدیث سلطنت محدود شد به تصرّفات مشروع و چیزهایی که قطع نظر از حدیث مذکور مشروعیّت دارد آنها را تجویز می کند. پس چیزهایی که عقلاً غیرممکن یا شرعاً غیر جایز است از موضوع حدیث سلطنت خارج است.

آنگاه بیع مال الغیر لنفسه، یعنی اینکه انسان [مباح له] مال دیگری [مبیح] را به شخص ثالثی، برای خود بفروشد، بگونه ای که مثمن از ملک مبیح خارج شده ولی ثمن به ملک مباح له داخل شود، عقل و عرف این را منع می کند، زیرا بیع مبادله و معاوضه است یعنی معوض از ملک هر کس خارج شد باید ثمن هم به ملک همان فرد داخل شود، و معنا ندارد که غیر این باشد، وگرنه بیع نیست و شرع نیز آن را منع می کند و می گوید: لاتبع مالیس عندك، یا لابیع الاّ فی ملک و... .

پس حدیث سلطنت می گفت: الناس مسلطون علی اموالهم فیما یجوز شرعاً وعقلاً و بیع مذکور عقلاً ناممکن و شرعاً غیر جائز است، پس از موضوع حدیث خارج می شود و معنای حکومت همین است که دلیل حاکم در موضوع دلیل محکوم تصرف کرده و توسعه یا تضییق ایجاد کند که اینجا از نوع تضییق است. با این محاسبات نوبت به جمع بین دلیلین و قول به ملکیّت تقدیری نمی رسد.

قوله: نظیر:

مانحن فیه و حکومت مذکور، نظیر این مورد است که:

شخصی نذر می کند که: عبد فلانی را برای مولایش یا برای خود ناذر، آزاد کند دنبال این نذر کسی نمی تواند بگوید: اینجا دو دسته دلیل داریم:

۱ـ عمومات وجوب وفا به نذر که می گوید: فِ بنذرك، و به اطلاقش نذر بر مال خود وبر مال غیر را شامل می شود.

۲ـ ادلّه ای که می گوید: لاعتق الاّ فی ملک، و عتق مال غیر جایز نیست، یا

می گوید: نذر نسبت به مال غیر منعقد نمی شود، و... و جمع بینهما اقتضا می کند که: قائل به ملکیّت تقدیری شویم، یعنی بگوییم: آناًمّا قبل الاعتاق، ناذر مالک عبد می شود و سپس اعتاق در مَلک خود معتق انجام می گیرد.

چرا نمی توان این جمع را گفت؟ چون تنافی نیست، و عمومات وفاء به نذر از اوّل محدود است به نذری که منعقد می شود و شرعیّت دارد، و نذر غیر مشروع را شامل نیست، و نذر مذکور اصلاً جایز نیست تا واجب الوفاء باشد و ادلّهٔ دستهٔ دوّم بر دستهٔ اوّل حکومت کرده و نوبت به ملک تقدیری نمی رسد.

قوله: نعم:

آری اگر دلیلین بگونه ای بودند که واقعاً متعارضین بودند، و به واسطهٔ هر کدام می توانستیم دیگری را تخصیص بزنیم [مثلاً از طرفی دلیل خاصی داشتیم بر اینکه اباحهٔ مطلقهٔ مالک و مبیح، صحیح و مشروع است و مباح له حق هر نوع تصرفی دارد، حتّی المتوقفّة علی الملک، و تمام آثاری که مبیح از این اباحه قصد کرده شرعاً همهٔ آنها مترتّب است.

و از طرفی دلیل می گفت: هیچ بیعی بدون ملک نمی شود، هیچ عتقی بدون ملک نمی شود و... و دو دسته به عمومش مانحن فیه را یعنی بیع و عتق مباح له را شامل می شد، البته نوبت به جمع بینهما می رسید، زیرا الجمع مهما امکن اولی من الطرح، وقائل به ملکیّت تقدیری آناً مّایی می شدیم.] ولی در مانحن فیه چنین دو دلیلی نداریم بلکه حاکم و محکوم بود که ملاحظه شد.

قوله: فتأمّل:

اشاره به اینست که: برفرض تعارض هم جمع مذکور محذور داشت، زیرا جمع عرفی که نیست تا بر طرح مقدّم باشد، جمع تبرّعی است و پشتوانه ای ندارد پس علی فرض التعارض هم ملک تقدیری دلیل ندارد، ونوبت به اعمال قواعد باب متعارضین می رسد که: مقتضای قاعدهٔ اوّلیه و مقتضای قاعدهٔ ثانویه ... باشد.

قوله: و امّا حصول:

نوع دیگری از ملکیّت آناً مّایی داریم که مانحن فیه از آن قبیل هم نیست.

بیان ذلک: اگر شخصی مالی را به دیگری هبه نماید، تا مادامی که هبه لازم نشده وی حقّ رجوع دارد.

حال گاهی رجوع قولی است، یعنی صریحاً می گوید: رجعتُ یا فسخت و...

و گاهی رجوع فعلی است، یعنی مال مذکور را به فرد ثالث می فروشد که رجوع ضمنی و تبعی است.

حال در جای خود بحثی است که آیا فسخ با فعل هم واقع می شود یا نه؟

بنابر اینکه بشود به چنین رجوعی اکتفا کرد می گوییم: واهبی که مالی را به کسی هبه کرده، هبه تملیک است و از ملک او به ملک متهّب منتقل شده، از طرفی هم به فرد ثالث می فروشد ولابیع الاّ فی ملک، پس چگونه حق فروش دارد؟ جمع به اینست که یکْ آن قبل از بیع، با ارادهٔ فسخ و رجوع، مالک عین موهوب گردید و سپس از ملک خود می فروشد و محذوری ندارد.

و نیز اگر شخصی مالی را به دیگری به بیع خیاری فروخته، ذی الخیار در مدّت خیار حقّ فسخ دارد، حال بجای فسخُت و رجعتُ مبیع را مجدّداً به فرد ثالثی می فروشد.

در اینجا نیز مثل باب هبه می گوییم: با ارادهٔ فسخ آناًمّا مالک شد و سپس بیع در ملک خود او انجام گرفت، و مخالفتی با قواعد صورت نگرفته است.

ولی مانحن فیه از قبیل دو فرع مذکور هم نیست، چون در آندو مورد سبب الملک که ارادهٔ فسخ باشد محقّق شد و لذا حقیقتاً مالک شد... .

ولی در مانحن فیه که مبیح و مباح له هردو صدد در صد قصد اباحهٔ تصرّف دارند و هیچکدام قصد تملیک و تملکّ ندارند، سبب الملک نیست تا ملک

آناًمّایی درست شود.

قوله: فلیس ملکاً تقدیّریاً:

در وسط مطلب مذکور، مرحوم شیخ نکته ای را بیان می کنند و آن اینکه: ملک آناًمّایی دو شعبه دارد:

۱ـ ملک حقیقی یا تحقیقی که در واهب و ذی الخیار وجود دارد که بیع مذکور کاشف از آنست که آناًمّا قبل البیع رجوع آمده و ملکیّت ثابت شده و بعد بیع آمده.

۲ـ ملک تقدیری و فرضی که صرفاً فرض مالکیت می شود وگرنه حقیقتاً ملکیتی نیست. مانند مالکیّت انسان نسبت به عمودین که از باب ناچاری فرض ملکیت می شود تا عتق صورت پذیرد وگرنه ملک مذکور هیچ اثری ندارد. و مانند ملک الدیة.

بیان ذلک: شخصی به خطاء کشته شده، از طرفی دیهٔ او به ورثهٔ مقتول و اولیاء دم می رسد، و از طرفی هم دلیل می گوید: آنچه را که میّت مالک بوده، به ورثه منتقل می شود، و نسبت به دیه که میّت حقیقتاً مالک نشده چون بعد القتل دیه ثابت می شود و میّت قابلیّت تملک را ندارد، لذا جمعاً بین الادلّه می گوییم: یک آن فرض ملکیّت برای میّت می شود و سپس قهراً از ملک او منتقل و به ملک ورثه داخل می شود که فرض ملکیّت مذکور صرفاً توجیهی برای جواز انتقال به ورثه است.

ثمرهٔ ملکیّت حقیقی و تقدیری: لو ظهر فساد بیع الواهب او ذی الخیار یکون المال باقیاً فی ملکهما، لانّ ذلک مقتضی انفساخ الهبة او البیع الاوّل مع فرض بطلان الثانی، وامّا لو اراد المشتری او وکیله فی شراء احد عمودیه ان یتصرّف فی العبد فی الآن المقارن لتمام الشراء لم یصح، بل لایقبل ذلک الملک الاّ انعتاق المبیع ولو کان ملک المشتری فی ذلک الآن حقیقیاً لکان التصرف المزبور

نافذاً.[۱]

قوله: وبالجملة:

تا به حال سه نوع ملکیّت آناًمّایی بیان شد که مانحن فیه از هیچکدام آنها نیست تا مجوّزی برای بیع مباح له ثابت شود:

۱ـ ملکیّت آناًمّایی که در مثال: اعتق عبدك عنّی، ذکر شد که تملیک ضمنی نامیده شد. مانحن فیه از این باب نیست، زیرا تملیک ضمنی متوقف بر قصد تملیک است ولو ضمناً وبدلالت اقتضاء و در مثال مذکور این قصد بود، ولی در مانحن فیه علی الفرض، نیست چون طرفین جز اباحهٔ تصرّف قصدی ندارند.

۲ـ ملکیّت تقدیری آناًمّایی که در مثل شراء من ینعتق علیه وملک دیه، بود که مانحن فیه از این باب هم نیست، زیرا ملکیّت تقدیری در دو باب مذکور و امثال آن از باب این بود که دلیلین متنافیین بودند و ماناگزیر از جمع بینهما بودیم که مبسوطاً گذشت، ولی در مانحن دلیل سلطنت با ادّله لابیع و لاعتق و... الاّ فی ملک، متنافیان نبودند تا نوبت به جمع برسد بلکه حاکم و محکوم بود، به بیانی که گذشت.

۳ـ ملکیّت حقیقی آناًمّایی که در مثل بیع واهب و ذی الخیار بود، که مانحن فیه از این باب هم نیست، زیرا در آن دو باب سبب البیع که ارادة الفسخ باشد یک آن قبل از بیع به فرد ثالث متحقق بود و بیع بعدی کاشف از آن بود و لذا مالک می شدند و بیع در ملک خودشان بود، ولی در مانحن فیه چیزی که سبب ملک باشد محقّق نشده، چون مباح له با بیع مال مبیح، ارادهٔ تملکّ ندارد.

قوله: فلم یبق:

پس هیچ راهی برای تصحیح اباحهٔ مطلقه و جواز بیع مال الغیر در مانحن فیه وجود ندارد، و ناچار باید بگوییم: اذن مذکور و اباحهٔ مطلقه از سوی مبیح باطل و

---

(۱) ارشاد الطالب، ج۲، ص۸۱.

بی اثر و وجودش کالعدم است. و در این جهت فرقی ندارد که مبیح با چه بیانی اذن مذکور را ابراز کند:

الف: با گفتن: بع مالی لنفسک یا اشتر بمالی لنفسک طعاماً باشد.

ب: با گفتن: ابحتُ لک کلّ تصرّف باشد که به عمومش اذن در بیع را می گیرد.

ج: با گفتن: ابحتُ لک ان تبیع مالی لنفسک باشد.

د: یا به معاطات صرف باشد که به قصد اباحهٔ مطلقه مالش را به دیگری اعطاء کند.

قوله: فاذا باع:

تا به حال مبسوطاً دانستیم که: به مجرّد اباحهٔ مالک، مطلق التصرف برای مباح له جایز نمی شود، و حق ندارد عبد غیر را برای خود آزاد نماید، با مال غیر برای خود چیزی خریداری کند، کتاب دیگری را برای خود بفروشد و ...

حال می گوییم: اگر مباح له مال مبیح را برای خودش فروخت این بیع چه حکمی دارد؟ می فرماید: قدر مسلّم اینست که: عقلاً و شرعاً برای خود بایع یا مباح له واقع نمی شود، بلکه برای مالک اصلی واقع شده و ثمن هم در ملک وی داخل می گردد، ولی آیا نیازی به اجازهٔ مالک دارد یا نه؟ دو وجه مطرح است:

۱ـ خیر، نیازی نیست و بیع مذکور صحیح و لازم است، این وجه مبتنی است بر اینکه: قصد و ارادهٔ بایع که بیع را برای خود قصد نموده، ارزشی ندارد و مؤثّر در ملکیّت او نیست.

۲ـ آری، نیاز به اجازه دارد، بنابراینکه مالک اصلی حین البیع، نیّت نکرده که ثمن را مالک شود، و عقود و معاملات هم تابع قصود است، پس باید اجازه ملحق شود [و مبسوطاً در مسألهٔ سوّم از مسائل بیع فضولی خواهد آمد.]

قوله: ولکن الذّی:

تا به حال تمام تلاش خویش را مصروف کردیم برای اثبات این مطلب که: به مجرّد اباحهٔ مالک، هر نوع تصرفی برای مباح له جایز نمی شود، بلکه خصوص تصرّفات غیر ملکیّه مباح می گردد. حال می فرماید: وقتی به کلمات عدّه‌ای از اصحاب مراجعه می کنیم، می بینیم از فرمایشات امثال قطب الدین(۱) و مرحوم شهید اوّل(۲) و... در رابطه با بیع الغاصب [که غاصبی مالی را غصب کرده و آن را می فروشد، یا با آن چیزی خریداری می کند.] استفاده می شود که به مجرّد تسلیط مالک اصلی غاصب را بر مالش، هر نوع تصرفی برای غاصب مباح می شود.

بیان ذلک: شخصی مالی را از دیگری غصب می کند، سپس آن را به فرد ثالثی می فروشد، خریدار با علم به غصبیّت، ثمن را در اختیار غاصب گذاشته، و او را بر ثمن مسلّط گردانیده و به او اذن در اتلاف ثمن می دهد، حال عدّه ای از فقهاء فرموده اند: به محض تسلیط و اذن مذکور، غاصب حق دارد با آن ثمن چیزی برای خود خریداری کند، و اگر خریداری کرد و ثمن را به فروشنده داد، مثمن را مالک می شود، و نیازی به اجازهٔ مشتری اوّلی [که غاصب را مسلّط بر ثمن کرد.] هم نیست، چراکه شراء در ملک غاصب واقع شده است. پس به محض تسلیط مالک، غاصب [و به طریق اولی مباح له در مانحن فیه] حقّ بیع و شراء و تصرفات مالکانه پیدا می کند.

قوله: ویظهر ایضا:

و نیز از کلام علاّمه در مختلف(۳) اینطور استظهار می شود که: اگر شخصی مالی را غصب کرد، و با آن جاریه ای خرید، و مالک جاریه هم با علم به اینکه او غاصب است جاریه را به او فروخت و او را بر جاریهٔ خود مسلط گردانید، غاصب حق دارد با جاریه درآمیزد و مجامعت نماید. این فرع نیز مفادش آنست

---

(۱)به نقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۲.
(۲)به نقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۲.
(۳)مختلف الشیعه، ج۲، ص۲۱۰.

که: به مجرّد تسلیط مالک اصلی، هر نوع تصرّفی برای مسلّط، در مال مورد سلطنت جایز می شود.

حال به نظر می رسد که فرمایشات فقهاء در دو فرع مذکور، برخلاف مطلبی است که تا به حال بر آن اصرار داشتیم.

قوله: فتأمل:

اشاره به آنست که: این گونه تسلیطها علی وجه التملیک است و تسلیط مجّانی نیست، و مالک اصلی به قصد تملیک ثمن، جاریه را به غاصب داده است، و این امر مجوّز تصرفات مذکور است.

ولی بحث ما در مجرّد تسلیط مجّانی و اباحه ای است. پس اینها نقضی بر ما نحن فیه نیست. والبته در رابطه با دو فرع مذکور در بیع فضولی بحث بیشتری خواهیم داشت. پس به مجرّد اباحهٔ مالک، مطلق تصرّفات مباح نمی شود.

قوله: وامّا الکلام:

در رابطه با صورت سوم و چهارم از چهارصورت مذکور در تنبیه چهارم دو اشکال مطرح شد، تا به حال اشکال اوّل را مبسوطاً جواب دادیم، و اینک جواب اشکال دوّم: این اشکال نیز میان صورت سه و چهار مشترك الورود است و اشکال هر یک را جداگانه مطرح کرده و جواب می دهیم:

امّا اشکال صورت سوّم: قطع نظر از مطالبی که در جواب اشکال اوّل مطرح شد، یعنی چه در آن جواب، مطلق تصرّفات را برای مباح له جایز بدانیم، و چه خصوص تصرّفات غیر متوقف بر ملک را تجویز کنیم، فعلاً این سؤال مطرح است: آیا اباحه در مقابل عوض، یعنی: از یکطرف مجرّد اباحه باشد ولی از طرف دیگر تملیک، که نامش اباحهٔ عوضّیه است، صحیح و مشروع می باشد؟ یا خیر؟

اوّلاً ماهیّت این قسم روشن است که: چنین قسمی از اباحهٔ عوض دار، از معاوضات معهود و متعارف مالی [بیع، اجاره و ...] نیست، چراکه در معاوضات

معمولی هر یک از عوضین در ملک مالک عوض دیگر داخل می شود، ولی در مانحن فیه هر دو عوض در ملک مبیح داخل اند، زیرا که کتاب را برای آخذ فقط مباح التصرف کرده، و ملک خودش می باشد، و در مقابل درهم را هم مالک شده [که نوعی جمع بین عوض و معوض است.] و آقای مباح له تنها استحقاق تصرّف در کتاب را دارد.

ثانیاً در رابطه با صحّت و عدم صحّت آن دو وجه وجود دارد:

۱ـ قوله: فیشکل الامر:

این وجه بطلان و نامشروع بودن اباحهٔ مذکور است، زیرا هم عند العرف و هم نزد شارع چنین معاوضه ای معروف و شناخته شده نیست تا حکم به صحت آن کنیم، وانگهی صدق عنوان تجارت [مطلق اکتساب مال] هم بر این معاوضه مورد تأمّل است تا چه رسد به عنوان بیع که قطعاً صادق نیست. پس دلیلی بر صحّت آن نداریم.

۲ـ قوله: الاّ ان یکون:

این هم وجه صحّت است که از دو طریق می توان حکم به صحّت آن کرد:

الف: اباحهٔ مذکور را نوعی صلح و مصالحه بدانیم، و در نتیجه مشمول عمومات باب صلح [الصلح جایز و ...[1]] باشد. وجه دخول در صلح آنست که: این نوع از اباحه با صلح از حیث معنای لغوی مناسبت و سازگاری دارد، چرا که صلح در لغت به معنای تسالم بر امری از امور است، و اباحهٔ مذکور هم نوعی تسالم و توافق طرفینی است.

قوله: بناءً:

در باب صلح این بحث مطرح است که: آیا صیغهٔ خاصّه و واژهٔ صلح و صالحتُ لازم است یا خیر؟ حال دخول اباحهٔ مذکور، در باب صلح، بنابر اینست که: در

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۶۴، باب۳، حدیث۱و۲.

باب صلح لفظ و صیغهٔ خاصّی لازم نباشد، وگرنه از باب صلح بیرون است.

قوله: کما یستفاد:

در این قسمت دو شاهد بر عدم لزوم صیغهٔ خاص می آورند:

۱ـ از بعض اخبار باب صلح استفاده می شود که اگر یکی از دو شریک به دیگری بگوید: لک ماعندك ولی ماعندی و طرف هم راضی شود، همین نوعی مصالحه است و کفایت می کند با اینکه صیغهٔ صالحت هم بکار برده نشده [متن روایت: عن الحلبی، عن ابی عبدالله علیه السلام: فی رجلین اشترکا فی مال فربحا فیه وکان من المال دین وعلیهما دین فقال احدهما لصاحبه: اعطنی رأس المال ولک الربح وعلیک التوی، فقال: لابأس اذا اشترطا ...[1]] [و یا روایت محمد بن مسلم که قبلاً در صورت سوّم عنوان شد.]

۲ـروایتی که در رابطه با مصالحهٔ زوجین وارد شده است [صحیحة الفضیل، قال: سئلت ابا عبدالله علیه السلام عن رجل تزوج امرأةً بالف درهم فاعطاها عبداً له آبقاً وبرداً حبرة بالف درهم التی اصدقها، قال: اذا رضیت بالعبد و کانت عرفته فلابأس اذا هی قبضت الثوب ورضیت بالعبد، قلت: فان طلّقها قبل ان یدخل بها، قال: لامهر لها وترد علیه خمسمأة درهم ویکون العبد لها[2]]

ب: اباحهٔ مذکور را نوعی معاوضهٔ مستقل بدانیم، و بگوییم: لازم نیست که حتماً هر معاوضهٔ صحیحی در یکی از عناوین معروف [بیع، اجارة، صلح و...] داخل باشد، بلکه ممکن است معاوضهٔ مستقلی بوده و صحیح هم باشد.

وادّلهٔ صحت عبارتند از:

۱ـ **عموم حدیث سلطنت:** «الناس مسلطون علی اموالهم» بدین وسیله اباحهٔ مذکور تصحیح شود. [این قابل مناقشه و از قبیل تمسک به عام در شبههٔ مصداقیه

---

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۶۵، باب۴، حدیث اوّل.

(۲)وسائل الشیعه، ج۱۵، ص۳۵، حدیث اوّل.

است، زیرا خود شیخ ره قبلاً فرمودند: این عموم مشرّع نیست، و محدود است به مایجوز شرعاً، و نمی دانیم که معاوضهٔ مذکور، شرعاً جایز است یا خیر.]

۲ـ عموم حدیث: المؤمنون عند شروطهم، و اباحهٔ مذکور هم نوعی التزام طرفینی است و از وجوب وفاء به آن صحتّش را استکشاف می کنیم. [این نیز قابل مناقشه است و در خیارات خواهد آمد که شمولش نسبت به شروط ابتدایی و التزامات ابتدائیّه مشکل است. و قدر مسلّم شرط ضمنی را شامل است.]

قوله: وعلی تقدیر الصحّة:

تا به حال در صحت و بطلان اباحهٔ مذکور، بحث کردیم، حال می گوییم: بر فرض که معاوضهٔ مذکور صحیح باشد آیا لازم است یا نه؟

سه وجه در این رابطه مطرح است:

۱ـ لزوم مطلقاً: یعنی از هر دو طرف [مبیح و مملک] لازم است و هیچکدام حق ندارند یکطرفه آن را فسخ کنند [آری تقایل طَرفین، بلامانع است.]

دلیل این وجه: عموم المؤمنون عند شروطهم، اوفوا بالعقود و... است، که بر وجوب وفاء و عدم فسخ دلالت دارد.

۲ـ از ناحیهٔ مملکّ لازم است و او حق فسخ ندارد، چون مال خود را تملیک کرده و سلطنتی بر آن ندارد، ولی از ناحیهٔ مبیح جایز است، چون او مال خود را تملیک نکرده و از ملک خود خارج نکرده، پس کما کان ملک او است و بر ملک خود مسلّط است.

۳ـ جواز مطلقاً: یعنی از هر دو طرف جایز و متزلزل است و هر کدام حق فسخ دارند، زیرا که معاوضه ای لازم است که با صیغه و عقد انجام پذیرد، و معاوضهٔ فعلی مفید لزوم نیست.

مرحوم شیخ در مقام انتخاب می فرماید: از همه قویتر وجه اوّل است [لزوم

مطلقاً] و اگر نتوانستیم آن را اختیار کنیم، وجه وسط قویتر است. [لاصالة اللزوم فی المعاوضات.]

قوله: وامّا حکم الاباحة:

اشکال صورت چهارم، یعنی اباحه در مقابل اباحه:

همان سخنانی که در رابطه با صحت و بطلان اباحه به عوض ذکر شد، در رابطه با اباحه به اباحه نیز قابل طرح است که: از طرفی این اباحه از معاوضات معروف نیست، پس باطل است و از طرفی شاید صلح یا معاوضهٔ مستقلی باشد پس صحیح است. و نظر مرحوم شیخ اینست که: این قسم از معاوضه نیز صحیح است.

و بر فرض صحت، آیا لازم است یا خیر؟ دو وجه مطرح است:

۱ـ از هر دو طرف لازم است و هیچکدام حقّ فسخ ندارند.

دلیل: عموم «المؤمنون عند شروطهم» است.

۲ـ از هر دو طرف جایز است و هر دو حق فسخ دارند.

دلیل: اصالة التسلّط «استصحاب بقاء سلطنت»

بیان ذلک: قبل ازاباحهٔ مال که مالک نسبت به مالش سلطنت داشت، حال بعد از اباحهٔ به دیگری آیا سلطنت مذکور باقی است یا نه؟ استصحاب بقاء جاری می شود، پس طرفین هر موقع طالب باشند، می توانند معاوضهٔ مذکور را فسخ نمایند.

(۵)

(تنبیه پنجم)

قوله: الخامس:

مطالبی که تا به حال در معاطات عنوان شد، تماماً در ارتباط با معاطات در بیع یا بیع معاطاتی بود، و احکام بیع معاطاتی را بیان کردیم.

[از قبیل اینکه: آیا بیع معاطاتی از ریشه فاسد و بی اثر است یا صحیح است؟

بر فرض صحت، آیا مفید اباحه است یا ملکیّت؟

بر فرض اباحه آیا جمیع تصرفات بدین وسیله مباح می شود یا خصوص تصرفات غیر ملکیّه؟

وبر فرض ملکیّت، آیا مفید ملک جایز است یا لازم؟

آیا معاطات طرفینی این احکام را دارد یا معاطات یکطرفه نیز چنین است؟ و ...]

اینک در تنبیه پنجم این بحث مطرح است: آیا معاطات اختصاص به عقد البیع دارد و در سایر عقود و ایقاعات، جاری و ساری نیست، و احکام مذکور را ندارد؟ یا تعمیم داشته و در سایر عقود و ایقاعات [نظیر: اجاره، هبه، وقف و ...] هم جریان دارد، یعنی اجارهٔ معاطاتی هم داریم، هبهٔ معاطاتی هم داریم و ...؟

قوله: اعلم:

از فرمایشات محقّق ثانی در جامع المقاصد، استفاده می شود که: معاطات اختصاصی به باب بیع ندارد، در سایر موارد هم قابل جریان است.

[البته جناب محقّق ثانی نخست کلام بعض الفقهاء را نقل کرده، و در پایان بر این کلام صحّه گذاشته و پسندیده است.]

ابتدا فرموده: در کلام بعض از فقهاء مطالبی هست که بر اعتبار وارزشمندی معاطات در باب اجاره و هکذا باب هبه، دلالت می کند، و سپس دو فرع را نقل کرده است:

فرع اوّل: اگر مستأجر و کارفرمایی، شخص اجیر و کارگری را به عملی امر کند و به او بگوید: فلان کار را برای من انجام بده، من هم در مقابل فلان مبلغ به شما می دهم. [این امر به کاری در قبال مبلغی است و صیغهٔ خاص به استیجار را بکار نبرده است.] سپس اجیر یا مأمور، بدون اینکه چیزی به زبان بیاورد و قبلت بگوید، آن کار مورد نظر را انجام دهد [از این رو اجارهٔ معاطاتی که مشتمل بر ایجاب و قبول نیست.] در چنین فرضی فقهاء فرموده اند: عامل، اجرت معیّن را استحقاق پیدا می کند [و باید مستأجر به او این مبلغ را بپردازد.]

کیفیت استشهاد: اگر اجارهٔ معاطاتی فاسد بود، دو محذور داشت:

۱ـ عمل مورد اجاره برای عامل، جایز، نبود و وی شرعاً حق نداشت آن عمل را انجام دهد [زیرا مجوّزی برای تصرّف در مال غیر نداشت.]

۲ـ برفرض که انجام می داد، مستحقّ اجرتی نبود [نه اجرة المسّمی و نه اجرة المثل] البته در فرض علم عامل به فساد [وگرنه صورت جهل، حسابش جدا است.]

در حالی که ظاهر فتاوای بعض فقهاء اینست که: با این امر مستأجر، هم اصل عمل جایز و مشروع می شود، و هم بالطبع بعد العمل استحقاق اجرت، پیدا می کند. پس اجارهٔ معاطاتی فاسد و باطل نیست. [همانند بیع معاطاتی که

فاسد نبود.]

فرع دوّم: اگر شخصی مالی را به دیگری هبه نماید و ببخشد، ولی عقدی و ایجاب و قبولی در بین نباشد، [یعنی هبۀ معاطاتی انجام دهد و اعطاء و اخذ خارجی محقّق شود.]

در اینجا هم ظاهر کلام بعض الفقهاء آنست که: آخذیا متهّب حق دارد مال موهوب را اتلاف نماید [مثلاً اگرازمأکولات است، بخورد. و اگر از مشروبات است، بنوشد و...]

کیفیّت استشهاد: اگر هبۀ معاطاتی فاسد و باطل بود که اتلاف مال، جایز نبود، و متهّب حق نداشت آن را تلف کند [چرا که مجوّزی برای اتلاف نداشت، تنها مجوّز، هبۀ فعلی بود که آنهم فاسد درآمده] و نه تنها اتلاف جایز نبود، بلکه مطلق تصرّف [حتیّ تصرّفی که متلف یا ناقل هم نباشد از قبیل مطالعۀ کتاب، پوشیدن لباس، رکوب دابّه و...] جایز نبود. در حالی که اینها برای آخذ، تجویز شده اند، پس هبۀ معاطاتی صحیح است.

محقّق ثانی پس از نقل مطالب مذکور، در پایان کلمه ای دارند که در نسخۀ مکاسب مَلحَظُ یا ملاحِظة است و در جامع المقاصد چاپ مؤسسه آل البیت ـ ملخّص است. و هر کدَام که باشد مشکلی ندارد و به صَراحت مطالب مذکور در دو فرع مذکور را وجیه شمرده و می پذیرند.(۱)

پس محقّق ثانی ره از کسانی است که در باب معاطات طرفدار تعمیم است و آن را مخصوص باب بیع نمی داند.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در مجموع پنج اشکال به فرمایشات محقّق ثانی دارند:

اشکال اوّل: طبق مذهب محقق ثانی در باب معاطات [که معاطات را مفید

---

(۱)جامع المقاصد، ج۴، ص۵۹.

ملک جایز دانستند.] معنای جریان معاطات در اجاره آنست که: هر یک از مستأجر و اجیر یا آمر و مأمور، مالک می شوند، کارفرما مالک عمل در مقابل عوض بر گردن عامل می شود، کارگر هم مالک عوض معیّنی در قبال عمل، بر عهدهٔ آمر می گردد.

در حالی که ما احدی از فقهاء را نیافتیم که در باب معاطات، تصریح به ملکیت داشته باشد [و اوّل کسی که بدان تصریح کرده خود محقّق ثانی است.] با این وصف، چگونه محقّق ثانی به بعض از فقهاء پیش از خود نسبت داده و فرموده اند: فی کلام بعضهم ...؟

اشکال دوّم: فرمودند: اگر اجارهٔ معاطاتی فاسد بود عامل حقّ عمل نداشت، و عمل بر او حرام می شد.

ما این مطلب را نیز قبول نداریم، زیرا فساد معامله [اجاره] موجب نمی شود که شرعاً اصل عمل [تصرّف در مال طرف] بر عامل حرام و ممنوع باشد، اصل جواز عمل در گرو رضایت و طیب نفس مالک است، و علی الفرض طیب نفس او محرز است، زیرا که امر به عمل کرده و گفته: افعل کذا ... و روایات می گوید: لا یحلّ مال امرءٍ مسلم الاّ بطیب نفسه، با این اوصاف، چرا اصل عمل حرام باشد؟

وانگهی در برخی موارد اصلاً عمل عامل بگونه ای است که مستلزم هیچگونه دخل و تصرّفی در هیچ عینی از اعیان مستأجر نمی گردد [از قبیل اجیر شدن برای جاروب کردن مسجد، برای نظافت مدرسه، و ...] در اینگونه موارد که قطعاً عمل جایز بوده و هیچ مانعی از اصل عمل وجود ندارد.

اشکال سوّم: فرمودند: اگر اجارهٔ معاطاتی فاسد بود عامل هم علم به فساد داشت و اقدام می کرد، مستحق اجرت نمی شد.

ما می گوییم: این نیز ممنوع است، زیرا استحقاق اجرت در مقابل یک عمل، منوط است به اینکه عمل دارای دو ویژگی باشد:

۱ـ عرفاً و شرعاً محترم و دارای احترام باشد [بها و ارزش عقلایی و حلیّت شرعی داشته باشد]

۲ـ عامل هم به قصد تبرّع و مجّان آن کار را انجام ندهد، بلکه قصد عوض داشته باشد. و در مورد بحث ما هر دو جهت موجود است، پس استحقاق اجرت هم محفوظ است، منتها اگر اجاره صحیح بود عامل مستحقّ اجرة المسمّی بود، و حالا که فاسد درآمده و اجرة المسمّی برای او سالم نمانده، بجای آن اجرة المثل را استحقاق پیدا می کند.

اشکال چهارم: فتوای بعض الفقهاء در باب هبهٔ معاطاتی به جواز اتلاف ... هم به درد شما نمی خورد، زیرا در معاطات دومبنا بود: ۱ـ اباحهٔ تصرف ۲ـ ملکیّت، و جواز اتلاف با اباحهٔ تصرّف متلازمانند ولی با ملکیّت ملازمه ای ندارد، بلکه اعمّ از ملکیّت است، و از اثبات اعمّ اثبات اخص لازم نمی آید [کما اینکه اگر ثابت شد که فلان شبح حیوان است، دلیل آن نیست که پس انسان هم هست، زیرا شاید فرس یا بقر و ... باشد.] حال جواز اتلاف، بر جریان معاطات به معنای مورد قبول عندالمشهور [مفید اباحه بودن] در هبه، دلالت می کند، ولی بر معاطات به معنای مورد قبول محقّق ثانی [مفید ملک بودن] دلالت نمی کند.

گویا کسی می پرسد: مگر در باب هبه و هدیه کسانی هستند که معاطات را مفید ملک ندانند؟

شیخ اعظم می فرماید: جماعتی از فقهاء از قبیل: شیخ طوسی[۱] و ابن ادریس حلّی[۲] و علاّمه[۳] تصریح کرده اند به اینکه: هدیّه معاطاتی فقط مفید

---

(۱) المبسوط، ج۳، ص۳۱۵.

(۲) السرائر، ج۳، ص۱۷۷.

(۳) قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۷۴.

اباحۀ تصرّف است، و مفید ملک نیست. ونیز از مسالک شهید ثانی ره[1] اینطور استظهار می شود که: توقّف ملکیّت در باب هبه، بر ایجاب و قبول از مسائلی است که نزدیک است مورد اتفاق همه واقع شود، پس همگان برآنند که هبۀ معاطاتی مفید ملک نیست، و مفید اباحه است، ولی شما که آن را مفید اباحۀ صرف نمی دانید، مفید ملک هم می دانید و این مطلب به نفع شما نیست و هبۀ معاطاتی مورد قبول شما را اثبات نمی کند.

اشکال پنجم: در پایان فرمودید: اگر هبۀ معاطاتی فاسد باشد، مطلق تصرّفات در مال موهوب ممنوع خواهد بود. ما این را هم قبول نداریم، زیرا مجوز تصرّف در ملک دیگری احراز رضایت باطنی و طیب نفس مالک است، و علی الفرض در مانحن فیه با اعطاء به قصد هبه و تملیکی که مالک انجام می دهد، کاملاً رضای او محرز است، و سبب جواز تصرّف معلوم است. فلاوجه للمنع عن مطلق التصرّف.

قوله: ولکن الاظهر:

نظریّه مرحوم شیخ اینست که: اگر معاطات را در باب بیع جاری و ساری دانستیم [کما هو الحقّ و قد مرّ مفصّلاً] درغیر بیع از سایر معاملات هم جاری می دانیم [از قبیل اجاره، هبه و ...] و دلیل جریان آنست که:

اجاره یا هبۀ معاطاتی هم مفید تملیک هستند ومستأجر یا واهب به قصد تملیک این فعل را انجام می دهد، و معاملات و عقود هم که تابع قصود هستند [یعنی ماقصد یقع ومالم یقصد لایقع] پس به عقیدۀ ما همانطور که بیع معاطاتی مفید ملک بود [البته ملک جایز] هکذا اجاره و هبۀ معاطاتی نیز مفید تملیک می باشند.

قوله: وظاهر المحکّی:

---

(۱)مسالک الافهام، ج۳، ص۱۵۲.

از کلام علامّه ره در تذکره هم استفاده می شود که احدی قائل به فصل نشده و بیع را از غیر بیع جدا نکرده [بلکه آنها که معاطات را صحیح و مشروع می دانند هم در بیع و هم در سایر معاملات جاری می دانند، و آنها که باطل می دانند، در همه جا فاسد می دانند].

قوله: حیث:

گویا کسی می پرسد: از کجای کلام علامّه عدم قول به فصل مستفاد است؟ در جواب می فرماید: آنجا که در باب رهن فرموده: در باب بیع دو خلاف وجود دارد که در باب رهن هم هست:

۱ـ آیا در بیع می توان به معاطات اکتفا کرد یا نه؟

۲ـ آیا استیجاب و ایجاب کفایت می کند یا خیر؟

در رهن هم همین دو سؤال مطرح است، پس باب رهن با باب بیع فرقی ندارند.[۱]

قوله: ولکن:

محقّق ثانی در جامع المقاصد به علامّه ره اشکال کرده و فرموده: باب رهن با باب بیع فرق دارد، زیرا که در بیع بالاجماع معاطات جاری می شود، ولی در باب رهن ما اجماعی نداریم تا تعبّداً جریان معاطات را بپذیریم، و علی القاعده هم که محاسبه می کنیم، قابل قبول نیست و دارای اشکال است[۲]

قوله: ولعلّ:

مرحوم شیخ می فرماید: شاید وجه اشکال محقّق ثانی این باشد که: معاطاتی که در بیع مطرح بود، در رهن قابل قبول و میسور نیست.

بیان ذلک: [مسأله چهار صورت بیشتر ندارد و هر کدام محذور دارد:]

---

(۱)تذکرة الفقهاء، ج۲، ص۱۲.

(۲)جامع المقاصد، ج۵، ص۴۵.

۱ـ معاطات در بیع عند المشهور مفید اباحهٔ تصرّف بود، و به این معنی در رهن اصلاً معقول و متصوّر نیست، زیرا که راهن که عین مرهونه را به مرتهن می دهد به قصد اباحهٔ تصرّف که نمی دهد، به عنوان وثیقه و امانت نزد او می گذارد، و مرتهن حقّ تصرّف ندارد.

[۲ـ معاطات بیعی عند جماعةٍ مفید ملک جایز بود، و به این معنی بطریق اولی در رهن معقول نیست. زیرا که راهن عین مرهونه را به قصد تملیک که به مرتهن نمی دهد.]

۳ـ قوله: وامّا الجواز:

یعنی کسی بگوید: رهن معاطاتی صحیح است ولی رهن جایز نه لازم یعنی از طرف راهن هم عقد جایز و قابل فسخ است، می گوییم: این نیز معقول نیست زیرا هدف از رهن وثیقه است یعنی چیز موثّق و مطمئن کننده که اگر راهن قرض خود را نداد مرتهن بتواند از مال مرهونه، قرض خود را وصول کند، وقوام مفهوم رهن به همین وثوق و اطمینان است، و جواز رهن با این فلسفه منافی است.

بخصوص که در بیع معاطاتی عواملی هستند که ملزم می باشند و در تنبیه ششم خواهد آمد، ولی در رهن معاطاتی اگر از اوّل جایز بود برای همیشه جایز و متزلزل است و راهن می تواند فسخ کند و چیزی که موجب لزوم آن ولو در بعض از زمان قرض باشد و هدف از رهن را که وثیقه بود، تأمین بکند، وجود ندارد. پس بگوییم: معاطات در رهن هم می آید و رهن کذایی جایز است، این محذور را داشت.

٤ـ قوله: وان جعلنا:

و اگر بگوییم: رهن معاطاتی صحیح و لازم است و مفید لزوم می باشد [برخلاف معاطات در بیع، اجاره، هبه و... که مفید جواز بود.] برخلاف اجماع است، زیرا که فقهاء عظام اجماع دارند بر اینکه: عقود لازمه حتماً متوقف بر لفظ

است و معاملهٔ بدون ایجاب و قبول مفید لزوم نیست.

پس رهن معاطاتی علی کلِّ حالٍ محذور دارد. این بود وجه اشکال.

قوله: وکأنّ هذا:

گویا همین اشکال باعث شده که محقّق ثانی ره در باب بیع، اجاره، قرض و هبه جزماً جریان معاطات را پذیرفته، ولی در باب رهن فرموده: جریان معاطات محلّ اشکال است. [که وجه اشکال بیان شد.]

قوله: نعم:

فقهاء درباب رهن از نظری سه گروه می شوند:

۱ـ کسانی که از مخالفت با مشهور بلکه با اجماع، باکی نداشته و می گویند: اگرچه بالاجماع عقود لازم محتاج به ایجاب و قبول است ولی به نظر ما لزوم نیازی به لفظ ندارد و با فعل هم حاصل می شود.

۲ـ کسانی که قبول دارند که عقد لازم محتاج به لفظ و صیغه است ولی می گویند: آن عقود لازمی نیازمند صیغه است که از هر دو طرف [ایجاب و قبول یا موجب و قابل] لازم باشد [مثل بیع، اجاره و ...] امّا عقودی که از طرفین جایز و متزلزل باشد [هبه مثلاً] یا از یکطرف لازم و از طرف دیگر جایز باشد، نیازی به لفظ ندارد، ورهن ازاین قبیل است زیرا از طرف راهن لازم است و وی حق ندارد آن را فسخ کند ولی از طرف مرتهن جایز است.

این دو گروه می توانند بگویند: رهن معاطاتی هم مفید لزوم است، به حکم یک دلیل و دو شاهد:

امّا دلیل: برخی از ادلّه و اخبار رهن[1] اطلاق داشته، رهن فعلی را هم شامل است و از طرفی در معاوضات [بیع، اجاره و ...] اجماع قائم است بر اینکه: معاوضهٔ فعلی لزوم آور نیست و بدان وسیله عمومات و اطلاقات آن ابواب

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۳، ص۱۲۱، باب۱۱.

تقیید و تخصیص خورده است.

ولی در باب رهن چنین اجماعی نداریم پس به اطلاق آن ادلّه اخذ کرده و می گوییم: رهن چه قولی و چه فعلی لزوم آور است.

و امّا شاهد اوّل: بعض از فقهاء در باب رهن فرموده اند: نیازی به صیغهٔ رهن نیست بلکه ایجاب رهن با لفظ امر هم محقّق می شود یعنی همینکه راهن به مرتهن بگوید: این فرش را مثلاً بگیر و او هم بگیرد کافی است و رهن شرعی که لزوم یکطرفه دارد محقّق می شود.

و امّا شاهد دوّم: ایضاً بعض الفقهاء فرموده اند: رهن با جملهٔ خبریّه هم محقّق می شود از قبیل اینکه بگوید: اعطیتک یا این فرش را آوردم یا تحویل دادم و...

۳ـ و امّا کسانی که جرئت مخالفت با مشهور و یا متفق علیه را ندارند و می گویند: عقد لازم حتماً باید صیغه داشته باشد و فعل کافی نیست و فرق هم نمی گذارند میان عقود لازم از دو طرف یا از یک طرف، به عقیدهٔ اینان جریان معاطات در رهن مبتلا به اشکال است، که وجه الاشکال را قبلاً ذکر کردیم.

قوله: ولاجل ماذکرنا:

بر اساس همین اشکالی که معاطات در رهن داشت، معاطات در وقف هم مورد اشکال واقع شده است، و وقف معاطاتی آنست که واقف، لفظ و صیغه ای بکار نبرده و صرفاً به اقباض و اعطاء مال به موقوف علیهم اکتفا کند و اشکال آنست که: معاطات در وقف از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا می گوییم: مفید لزوم است. این برخلاف شهرت [بلکه اجماع] است، زیرا مشهور یا همه برآنند که لزوم احتیاج به لفظ دارد و فعل برای آن کافی نیست.

۲ـ و یا می گوییم: وقف معاطاتی مفید جواز و تزلزل است. اینهم در

خصوص باب وقف از شرع مقدس معروف نیست و ما نشنیده ایم که وقفی جایز باشد.

قوله: فتأمّل:

مرحوم سیّد در حاشیه فرموده: لعلّ وجهه انّ مجردّ عدم معروفیّة الجواز فیه غیر مانع ولایکون دلیلاً علی کون بنائه شرعاً علی اللزوم بان یکون من لوازمه هذا مع انّ القبض عند بعضهم شرط فی اللزوم فیکون الوقف قبله صحیحاً جایزاً والتحقیق جریان المعاطاة فیه ایضاً کسائر العقود من غیر فرق ولایبعد دعوی السیرة ایضاً فیه فی الجملة فتدبّر.[1]

قوله: نعم:

اگرچه ما معاطات در وقف را اشکال کردیم ولی شهید اوّل در کتاب ذکری[2] به پیروی از شیخ طوسی ره[3] در باب وقف مساجد به غیر لفظ اکتفا کرده یعنی همینکه به نیّت مسجد مکانی را بنا می کند کفایت می کند و آنجا عنوان مسجدّیت پیدا می کند و احکام آن را دارد و نیازی به صیغه نیست.

قوله: ثم انّ:

قبل از بیان این فراز یک جمع بندی می کنیم: عقود و ایقاعات از لحاظ جریان معاطات و عدم جریان آن سه دسته می شوند:

۱ـ عقودی که معاطات در آنجا جاری می شود، از قبیل: بیع، اجاره، رهن، صلح و...

۲ـ عقود یا ایقاعاتی که معاطات در آنها بالاجماع جاری نمی شود، از قبیل: نکاح، طلاق و...

۳ـ عقودی که مورد اختلاف است که آیا جاری می شود یا نه، از قبیل:

---

(۱)حاشیة السیّد علی المکاسب، ص۸۱.
(۲)ذکری الشیعه، ص۱۵۸.
(۳)النهایة، ص۵۹۵.

وقف، رهن، و...

حال در مواردی که معاطات جاری می شود مثل باب بیع مفید ملک جایز و یا اباحه است علی اختلاف المبانی، وبالنتیجه آنچه که در بیع معاطاتی موجب لزوم آن می شود و از ملزمات محسوب می شود در سایر معاطاتها هم همان امور از ملزمات است و مبسوطاً در تنبیه ششم خواهد آمد.

(۶)
(تنبیه ششم)

تنبیه ششم: از تنبیهات معاطات، در رابطه با ملزمات معاطات است:

بنابر اینکه: معاطات فاسد و باطل و به کلّی بی اثر باشد، نوبت به بحث از ملزمات نمی رسد. و بنابراینکه: معاطات از اوّل امر مفید لزوم باشد، باز نوبت به بحث مورد نظر نمی رسد.

امّا بنابر دو مبنای مشهور، یعنی قول به اباحه [رأی مشهور بلکه جمهور فقهاء تا زمان محقّق ثانی ره] و قول به ملک جایز [رأی محقّق ثانی و پیروان او، که رأی شیخ اعظم همین بود.] این بحث مطرح می شود که: معاطات از هنگام انعقادش، مفید لزوم نیست، بلکه یا فقط مفید اباحهٔ تصرّف است [که اصلاً مفید ملک هم نیست، تا چه رسد به ملک لازم] و یا مفید ملکیّت جایز و متزلزل.

حال چه عواملی موجب لزوم آن می گردد؟ و ملزمات معاطات کدام است؟
قبل از پاسخ به سؤال مذکور، بسیار بجا است که: ابتدا تأسیس اصل کرده و مقتضای اصل اوّلی و قاعدهٔ اوّلیه را بنابر هر دو مبنا ذکر کنیم: [فائدهٔ تأسیس اصل: در موارد شک، به اصل یا قاعدهٔ اوّلی مراجعه می شود، و حکم صورت مشکوك، روشن می گردد.]

امّا بر مبنای قول به ملکیّت: بنابر اینکه معاطات را مفید ملک بدانیم، اصل

اوّلی در باب ملکیّت، لزوم و ملکیّت لازمه است، و قاعده ایجاب می کند که: از ابتداء انعقاد نطفهٔ معاطات، حکم به لزوم ملک شود. و قول به جواز و عدم لزوم، خلاف اصل مذکور است. دلیل این اصل: هشت وجهی است که سابقاً آوردیم.

[و آن وجوه، فهرست وار عبارتند از:

۱ـ استصحاب بقاء ملک، یا اصالة اللزوم.

۲ـ عموم حدیث: الناس مسلطون علی اموالهم.

۳ـ قوله عليه‌السلام: لایحلّ مال امرءٍ مسلم الاّ بطیب نفسه.

۴ـ حصری که از آیهٔ ذیل مستفاد بود: **﴿لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل الاّ ان تکون تجارةً عن تراضٍ﴾**.

۵ـ صدر آیهٔ تجارت یا مستثنی منه: **﴿لاتأکلوا اموالکم بینکم بالباطل﴾**.

۶ـ قوله عليه‌السلام: البیعان بالخیار مالم یفترقا فاذا افترقا وجب البیع.

۷ـ قوله تعالی: **﴿یا ایها الذین آمنوا اوفوا بالعقود﴾**.

۸ـ قوله عليه‌السلام: المسلمون عند شروطهم.]

و امّا بر مبنای قول به اباحه: بنابر اینکه معاطات، مفید اباحهٔ تصرّف باشد، اصل اوّلی و قاعدهٔ اوّلیه در معاطات، عدم لزوم است. [یعنی معاطات مفید لزوم نیست] و دلیل این اصل دو امر است:

۱ـ قاعدهٔ سلطنت یا عموم حدیث: الناس مسلّطون علی اموالهم:

این عموم، سلطنت مالک را بر مال خودش امضاءمی کند و به عموم یا اطلاقش هم قبل از معاطات را شامل است وهم پس از معاطات و اباحهٔ تصرّف را، که باز هم مال او است و الناس مسلطون علی اموالهم، پس حق رجوع دارد.

۲ـ استصحاب سلطنت: قبل از معاطات، سلطنت مالک بر مالش متیقّن بود حال بعد از معاطات و اباحهٔ تصرّف، برای مباح له، شک می کنیم که آیا باز هم سلطنت مالک بر مالش باقی است؟ یا ازبین رفت؟ ارکان استصحاب تمام است و

لذا بقاء سلطنت مالک را استصحاب می کنیم، [دلیل اوّل یکدلیل اجتهادی بود، و این دلیل هم یکدلیل فقاهتی یا اصل عملی است.]

قوله: وهی حاکمة:

اگر کسی به استصحاب مذکور، اشکال نموده و بگوید: اصل مذکور، مبتلا به معارض است.

بیان ذلک: بعد از معاطات، مال زید [کتاب مثلاً] برای بکر، مباح شد و یقین به اباحهٔ تصرّف آمد، حال پس از رجوع مبیح و مالک اصلی، شک در بقاء اباحهٔ مذکور پیدا می کنیم، و چون ارکان استصحاب تام است، استصحاب بقاء اباحه جاری می کنیم.

حال نتیجه سلطنت این بود که پس مالک حق رجوع دارد و اگر رجوع کرد، اثر دارد، و نتیجه، استصحاب اباحه اینست که، پس مالک حق رجوع ندارد، و اگر رجوع هم بکند اثری ندارد، و این دو اصل تعارضا و تساقطا و دلیل دوّم شما باطل می شود.

مرحوم شیخ در مقام جواب از اشکال مذکور، دو جواب می دهند:

۱ـ اوّلاً اصل جریان استصحاب اباحه را قبول نداریم، پس نوبت به معارضه نمی رسد، و استصحاب سلطنت، بلامعارض جاری می شود. [در وجه عدم جریان استصحاب اباحه محشّین مکاسب از قبیل:

مرحوم شهیدی[۱] و مرحوم سیّد[۲] و مرحوم ایروانی[۳] و مرحوم آقای خویی[۴] مطالبی دارند، که برای خالی نبودن این شرح، به یکی از وجوه اشاره می کنیم: شک در بقاء اباحه بعد از رجوع مالک اصلی، از قبیل شک در مقتضی

(۱)هدایة الطالب، ص۱۸۳.
(۲)حاشیة السّید علی المکاسب، ص۸۲.
(۳)حاشیة المکاسب للایروانی، ص۸۷.
(۴)مصباح الفقاهة، ج۲، ص۱۹۷.

است، یعنی: نمی دانیم بیش از این اباحه اقتضاء و قابلیّت بقاء دارد یا خیر، و به نظر مرحوم شیخ در شک در مقتضی استصحاب جاری نیست و در شکّ در رافع با اقسامش، جاری است. و شاید مطلب دیگری مراد شیخ اعظم ره باشد که: اهل البیت ادری بما فی البیت.]

۲ـ برفرض جریان استصحاب اباحه می گوییم: استصحاب سلطنت بر آن حکومت دارد و اصل حاکم بر اصل محکوم تقدّم دارد و نوبت به معارضه نمی رسد، بیان حکومت: استصحاب اباحه اصل مسبّبی و استصحاب سلطنت اصل سببی است، زیرا شک در بقاء و ارتفاع اباحه پس از رجوع مالک، مسبّب از شک در بقاء و ارتفاع سلطنت مالک بعد از اباحه است، اگر سلطنت باقی است پس حق رجوع دارد و اگر رجوع کرد، اباحه ای نیست، و اگر سلطنتی ندارد، پس حق رجوعی نیست، پس اباحه باقی است، و در علم اصول خواندیم که: اصل سببی بر اصل مسبّبی تقدّم دارد. و جای معارضه نیست.

قوله: اذا عرفت هذا:

تا اینجا از تأسیس اصل در مسأله فارغ شدیم، حال وارد می شویم در بیان ملزمات معاطات، و آنها را طیّ هشت مورد ذکر می کنیم:

۱ـ تلف عینین: یکی از ملزمات معاطات، تلف عوضین است: اگر پس از تعاطی طرفین، هر یک از کتاب وعبا مثلاً در دست آخذ تلف شد [تلف قهری و به آفت سماوی باشد یا تلف عمدی و اختیاری که اتلاف است.] به اجماع فقهاء ملزم و موجب لزوم معاطات می شود، یعنی پس از تلف عوضین، هیچیک از متعاطیین قادر به فسخ معاطات وبرهم زدن آن نیستند. و ملزم بودن تلف مذکور، بنابر هر دو مبنا [قول به اباحه و قول به ملکیّت] است:

امّا بنا بر مبنای مشهور [قول به اباحه] ملزم بودن تلف عوضین، بر این مبنا، واضح است. زیرا علی الاباحه، عوضین به ملک مالک اصلی باقی اند، و تلف

هم از ملک مالک اصلی محسوب شده و در ملک او واقع می شود، و ضرر به خود او وارد می شود، و وی حقّ رجوع به احدی ندارد، و از طرفی چیزی هم که موجب ضمانت طرف شود و مالک اصلی حقّ رجوع به مثل یا قیمت پیدا کند در میان نیست. و هذا معنی اللزوم، که هیچیک حقّ رجوع ندارند.

قوله: و توّهم:

اگر کسی بگوید: قانون علی الید ماأخذت حتی تؤدّی، مانحن فیه را شامل است، پس موجب الضمان [ید] هست، و هریک از متعاطیین، مالی را که از دیگری نزد او تلف شده ضامن است و مالک اصلی حق دارد از او مطالبه کند و اگر مثلی است مثل را بگیرد، اگر هم قیمی است قیمت را اخذ کند.

مرحوم شیخ می فرماید: به زودی زود خواهد آمد که اینجا جای قانون ضمان بالید [علی الید ماأخذت ...] نیست. [در امر ثانی از ملزمات، بیان خواهد شد.]

و امّا بر مبنای جماعتی از محقّقین متأخرین: [قول به ملکیّت جایزه] ملزم بودن تلف عینین، بر این مبنا، برای آنست که: اصل اوّلی بر مبنای ملک عبارت شد از لزوم، جواز و تزلزل، خلاف اصل است. و در اموری که خلاف اصل می باشند باید به قدر متیقّن اکتفا شود، و قدر متیقّن از مورد جواز وتزلزل، و مخالفت با اصل، موردی است که: ترادّ عوضین جایز و ممکن باشد، و مع تلف العینین، امکان ترادّ وجود ندارد، بلکه ممتنع است و با امتناع آن، به اصل اوّلی یعنی لزوم برمی گردیم.

قوله: ولم یثبت:

گویا کسی می گوید: چه مانعی دارد که مانحن فیه نظیر بیع خیاری باشد؟

بیان ذلک: اگر دو نفر متاعی را به بیع خیاری معامله کنند، و سپس در مدّت خیار، عوضین هر دو تلف شوند، آیا تلف عوضین، مانع از اعمال خیار گردیده و مسقط خیار بوده و موجب لزوم بیع مذکور می شود؟ خیر، همه گفته اند: مع

التلف هم بیع جایز و متزلزل بوده و حق رجوع باقی است و شک هم بکنیم از استصحاب بقاء جواز استفاده می کنیم منتها عینین به دست مالکین نمی رسد، و بدل آن که مثل یا قیمت باشد می رسد.

حال در مانحن فیه هم بگوییم: تلف عینین موجب لزوم معاطات نگردیده و کما کان ملک طرفین، جایز و متزلزل است و حق رجوع به بدل تالف [مثل یا قیمت] دارند.

مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: قیاس مانحن فیه به باب بیع خیاری مع الفارق است.

وجه الفرق: در بیع خیاری، جواز رجوع، از عوارض عقد است یعنی موضوع یا متعلّق جواز رجوع، معامله و عقد است، و با تلف عینین عقد باطل نشده و معامله از بین نرفته است و لذا موضوع جواز باقی است پس خود جواز رجوع هم ثابت می شود.

ولی در مانحن فیه، موضوع جواز رجوع، خود عینین است، و متعاطیین حق رجوع در عوضین و عینین را دارند و بعد از تلف هر دو، عینین نیست تا جواز رجوع در آن موضوع و متعلق پیدا کند، پس جوازی هم نیست [سالبه به انتفاء موضوع].

قوله: نظیر:

اگر می خواهید مانحن فیه را تنظیر کنید، چه خوب که به باب هبه تنظیر کنید که در باب هبه نیز واهب حق دارد از هبه ای که کرده رجوع کند ولی جواز رجوع موضوعش عین موهوبه است، یعنی حقّ رجوع در عین دارد، و بعد از تلف شدن عین مذکور، متعلّق الجواز، منتفی شده و جای جواز رجوع نیست.

قوله: بل الجواز:

بلکه مانحن فیه نظیر باب هبه هم نیست، زیرا در هبه متعلّق جواز رجوع،

مطلق الرجوع است یعنی واهب حق رجوع در عین دارد مطلقاً، یعنی چه رجوع در عین دیگر ممکن باشد یا نه، ولی در مانحن فیه متعلّق الجواز خصوص ترادّ العینین است. [از باب قدر متیقّن که بیان شد، ضمناً منظور از مورد التراد همان موضوع التراد است و در هر دو مورد اضافه بیانیّه است، یعنی موضوعی که بیان از ترادّ است.]

قوله: مع انّ:

تا به حال جازم بودیم که مانحن فیه از قبیل: بیع خیاری، وهبه نیست.

حال در دلیل دوّم می گوییم: برفرض شک در اینکه آیا در مانحن فیه موضوع و متعلّق جواز اصل معاملهٔ معاطاتی است؟ تا از قبیل بیع خیاری باشد. یا مطلق رجوع در عین است؟ تا از قبیل هبه باشد. و یا خصوص ترادّ عینین است؟ همین شک هم کافی است در اینکه در مانحن فیه بعد از تلف عوضین نتوانیم از استصحاب جواز استفاده کنیم. زیرا که اصل اوّلی علی الملک، لزوم است و چیزی که جلوی این اصل را بگیرد نداریم، جز اینکه بالاجماع معاطات مفید لزوم نیست، و در اموری که خلاف اصل است به قدر متیقّن رجوع می شود که امکان ترادّ عینین باشد و مع تلف العوضین به اصل اوّلی یعنی لزوم برمی گردیم.

پس یکی از ملزمات معاطات عبارت شد از: تلف عینین.

۲ـ قوله: ومنه یعلم:

اگر در باب معاطات، یکی از عینین تلف شود. [حالا کلّ آن از بین برود، یا بعض آن از بین برود و باقیمانده ناقص شود و تبعضّ صفقه پیدا شود.] آیا همانطوری که تلف هر دو عوض، ملزم بود، تلف یکی هم ملزم معاطات است؟ مسأله را بر اساس دو مبنا [قول به اباحه و قول به ملک] محاسبه می کنند:

امّا بنابر ملکیّت: از مطالبی که در تلف عوضین [امر اوّل] آوردیم، حکم تلف احدهما دانسته شد، و آن اینکه: تلف احدهما مثل تلف کلاهما، ملزم

است، بدین معنی که: مالک عین و عوض موجود حق ندارد رجوع در عین کرده و مالش را از دیگری بگیرد. و دلیل مطلب، نیز همان است:

اصل اوّلی بنابر ملک، لزوم است، وجواز، خلاف اصل است؛ و در امور خلاف اصل باید به قدر متیقن اکتفا شود، و قدر متیقن از جواز، امکان ترادّ عینین است، و با تلف شدن یکی از آندو ترادّ ممکن نیست، پس متعلّق الجواز منتفی است، پس جوازی نیست و بر فرض شک، به اصل اوّلی که لزوم بود، برمی گردیم.

و امّا بنابر اباحه: بعض از مشایخ ما(۱) همراه با بعض از معاصرین خود و به پیروی از شهید ثانی در مسالک(۲) مدّعی شده اند که: با تلف احدهما هم، معاطات لازم نمی شود و اصالة عدم اللزوم علی الاباحه، به قوّت خود باقی است.

[و در نتیجه: مالک عین موجود حق دارد رجوع بکند و مال خود را بگیرد.]

دلیل جماعت مذکور عبارتست از:

استصحاب بقاء سلطنت یا بقاء ملک مالک عوض موجود، نسبت به عین مالش.

بیان ذلک: یقیناً قبل از معاطات، مالک این عین [مثلاً کتاب] بر مال خود سلطنت و مالکیّت و حق هر نوع تصرّفی داشت، و یقیناً بعد از معاطات، تا قبل از تلف عوض دیگر [مثلاً عبا] نیز سلطنت و ملک او محفوظ بود [علی الاباحه].

حال بعد از تلف عین دیگر، شک می کنیم که آیا سلطنت و ملک مذکور، برای مالک عین موجود، کما کان باقی است؟ یا به مجرّد تلف عین مقابل، منتفی شد؟ ارکان استصحاب تمام است، آن را جاری کرده. **و نتیجه می گیریم:** الآن هم مالک کتاب بر مال خود سلطنت دارد، و اثر سلطنت آنست که: می تواند

---

(۱) صاحب جواهر ره در جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۳۰.

(۲) مسالک الافهام، ج۳، ص۱۴۹.

رجوع کند و عین مالش را از طرف دیگر بگیرد. [البته چون معاوضه بوده و هرکدام بازاء دیگری مالش را مباح کرده، باید از عهدهٔ خسارت طرف هم درآید، و جای خالی عین تالف را هم پر کند، یعنی اگر مثلی بود مثل آن را، واگر قیمی بود قیمت آن را به مالک اصلی آن بپردازد. ولی نسبت به عین موجود که ای چه بسا غرض عقلایی به اصل وجود آن تعلّق می گیرد، حق رجوع محفوظ است.]

قوله: وفیه:

اشکال دلیل مذکور، آنست که معارض دارد.

بیان ذلک: چنانکه اشاره شد اگر مالک عین موجود رجوع کند و عوض موجود را بگیرد، حتماً باید مثل یا قیمت را بدهد، یعنی ضامن است. پس لازمهٔ سلطنت مذکور، و استرداد عین، ضمانت است. ولی شک داریم که: وی ضامن است یا خیر؟ در شک در ضمان اصل عدم ضمان یا اصل برائت از ضمان به مثل یا قیمت جاری می شود، پس وی ضامن نیست. [از طرفی هم جمع بینهما ممکن نیست، یعنی هم بتواند عین موجود را استرداد کند، و هم ضامن به بدل نباشد.]

آنگاه اصل برائت به ضمیمه عدم الجمع المذکور، نتیجه اش آنست که: مالک عین موجود، سلطنتی بر عین خود ندارد وگرنه جمع بین آندو می شود که هم حق استرداد عین داشته باشد و هم به حکم اصل برائت، ضامن نباشد.

و در نتیجه: اصالة السلطنة می گوید: مالک عین موجود، سلطنت بر مال خود دارد و می تواند معاطات را فسخ کند، پس معاطات هنوز هم جایز است نه لازم، و اصل برائت می گوید: مالک عین موجود، سلطنتی ندارد و نمی تواند معاطات را فسخ کند، پس لازم است نه جایز. و تعارضا و تساقطا، پس نتوان از اصالة السلطنة استفاده کرد.

قوله: والتمسك:

اگر کسی بگوید: با وجود عموم علی الید مااخذت حتی تؤدّی چه جای اصل

برائت است؟ اصل برائت، اصل عملی است، و الاصل دلیلٌ حیث لادلیل، و ما در اینجا دلیل بر ضمانت داریم، که عموم علی الید باشد، و نوبت به اصل عدم ضمان و یا برائت از ضمان نمی رسد، تا معارض با اصالة السلطنة باشد یا نه.

در جواب می گوییم: در مانحن فیه جای تمسّک به عموم مذکور نیست.

بیان ذلک: قبل از تلف عین [که عوضین هر دو موجود بودند.] قطعاً جای علی الید نبود، زیرا علی الید مربوط به ید عدوانی است، و ید متعاطیین، ید ضمانی و عدوانی نیست بلک با رضایت خاطر و طیب نفس مالک، آن را گرفته اند، و خود مالک اصلی او را بر این مال مسلّط کرده است، پس جای علی الید نیست.

و امّا بعد از تلف یکی از دو عین، باز اگر مالک عین موجود بنا را بر امضاء معاطات بگذارد، و ارادهٔ رجوع نداشته باشد، وجهی برای ضمان و قاعدهٔ علی الید، نیست.

انمّا الکلام در اینست که: اگر مالک عین موجود، بنا را بر فسخ معاطات گذاشت و ارادهٔ رجوع کرد، آیا ضامن به مثل یا قیمت عین تالف هست یا نه؟ و عموم علی الید چنین فرضی را شامل نیست، زیرا تفصیل نداده و بقولٍ مطلق می گوید: یا ضامن است، و یا نیست.

امّا اینکه: اگر ارادهٔ رجوع کرد ضامن باشد والاّ فلا، این جزئیات و تفاصیل از علی الید استفاده نمی شود.

نتیجه: پس کما کان اصل برائت ذمّه از ضمان، جاری شده و با اصالة بقاء السلطنة تعارضا و تساقطا ...

قوله: ولکن:

در این فراز مرحوم شیخ با سه بیان همان سخن بعض المشایخ را تثبیت کرده و نتیجه می گیرند که: علی الاباحه، تلف احد العوضین، ملزم نیست، وامّا سه

بیان :

۱ـ اصالة البرائة بر فرض که قابل جریان باشد، اصالة بقاء السلطنة بر آن حاکم بوده و مقدّم می شود. [و وجه حکومت به دو نوع قابل تقریر است :

تقریر اوّل : اصل برائت از ضمان، اصل مسبّبی است، و اصل بقاء سلطنت، اصل سببی است، زیرا شک در ضمان به مثل یا قیمت و عدم ضمان، مسبّب از شک در بقاء سلطنت و عدم آن است، اگر سلطنت مالک عین موجود باقی باشد، عند الرجوع ضامن مثل یا قیمت عین تالف هم هست، و اگر سلطنت او با تلف عین دیگر، مرتفع شده باشد پس ضامن هم نیست. ولاریب در اینکه اصل سببی بر اصل مسببّی تقدّم دارد.

تقریر دوّم : اصالة السلطنة، استصحاب است اصل عدم ضمان، اصل برائت است و در علم اصول به ثبت رسیده که هرگاه استصحاب با یکی از اصول عملیهٔ دیگر تعارض کرد، بر آنها مقدّم می شود، یا از باب اینکه : استصحاب اماره است و اماره بر اصل مقدم است و یا از باب اینکه : اگر هم اصل باشد اصل محرز است و مقدّم می شود.]

۲ـ اصولاً در مانحن فیه اصل ضمانت به بدل و عوض، امری معلوم و مقطوع است و شکی در آن نیست «صغری»

و هر جا شکی نبود جای اصل برائت نیست «کبری»

پس در مورد بحث، جای اصل برائت نیست. «نتیجه»

بیان صغری : فرض اینست که مالک عین موجود، عین تألف را که از دیگری به معاطات گرفته بود و در دست او تلف شده، مجّاناً که اخذ نکرده بود، بعوضٍ گرفته بود، پس قطعاً باید جای خالی آن را پر کند و بدل از آن چیزی بدهد، پس اصل ضمانت مسلّم است، کلام اینست که : وی ضامن به کدام بدل است؟ آیا بدل واقعی عین تالف را ضامن است، که مثل یا قیمت آن باشد؟ یا بدل جعلی و

قراردادی و عوض المسمّی را ضامن است که همان عین موجود باشد؟[اگر سلطنی برای او قائل نباشیم، ضمانت به خود عین خواهد بود، و اگر بعد از تلف هم او را مسلّط بر عین موجود بدانیم، ضامن به مثل یا قیمت خواهد بود.]

و امّا بیان کبری: موضوع و مجرای اصل برائت، شک و جهل است و با وجود علم [تفصیلی یا اجماع] اصل مذکور، مجرا و مورد ندارد.

۳ـ ممکن است از عموم حدیث سلطنت [که دلیل اجتهادی است، نه اصل عملی که در بیان اوّل بود.] استفاده کنیم، به اینکه بگوییم: این حدیث به عمومش دلالت دارد بر اینکه: مالک عین موجود بر مال خود مسلّط است، و می تواند آن را اخذ کند و استرداد نماید، و مالک عین تالف هم بر مال خود مسلّط است، و می تواند بدل حقیقی آن را که مثل یا قیمت باشد اخذ کند، پس مالک عوض موجود، به حکم عموم مذکور، مسلّط است، پس با تلف احدهما، معاطات لازم نشد.

قوله: فتدّبر:

شاید اشاره باشد به عدم شمول حدیث سلطنت، نسبت به سلطنت مالک عین تالف بر بدل مالش، زیرا که حدیث می گوید: مردمان بر اموال خویش مسلّط اند، [یعنی مال بالفعل] و بعد از تلف، فعلاً مالی نیست تا تسلّط بر آن صدق کند، و لذا این بخش را از خارج و با ضمیمهٔ اینکه مجاناً نگرفته و... باید ترمیم کنیم و عموم مذکور کافی نیست ولی مهمّ نیست، زیرا بیان اوّل و دوّم ما را بس است.

۳ـ ولو کان:

فرع سوّم: تا به حال فرض بر این بود که عوضین در باب معاطات، هر دو عین خارجی باشند، مثل کتاب و عبا، حال اگر یکی از عوضین، عین خارجی، و دیگری دین و ما فی الذّمه بود، به این صورت: زید از بکر هزار تومان طلبکار

است و بر ذمّهٔ او مالک است و بکر هزار تومان ندارد، ولی عبایی دارد که ارزش آن معادل مبلغ مذکور است، با یکدیگر تبانی می کنند که بجای دین، همین عبا را به زید بدهد، سپس به معاطات این کار انجام می شود یعنی بکر به نیّت عوض دین، عبا را به زید می دهد و زید هم در نیّت ما فی ذمّة البکر را به او اعطاء می کند. [اعطاء اعتباری].

حال حکم این صورت چیست؟ باز بر دو مبنا محاسبه می شود: ۱ـ بر مبنای ملک: اگر معاطات را مفید ملک بدانیم، زید مالک عبا می شود، و بکر، مالک ذمّهٔ خود می شود، و چون معنا ندارد که انسان مالک ذمّه خود شود و اتحّاد مالک و مملوك علیه یا مسلّط و مسلط علیه پیش می آید، لذا آناًمّا مالک می شود و نتیجه اش: سقوط دین از عهدهٔ بدهکار است، آنگاه سقوط احد العوضین از ذمّه کالتالف می ماند، و در حکم تلف احدهما است [که در فرع دوّم مطرح بود.] یعنی بعد از سقوط دین، معاطات لازم می شود و قابل فسخ نیست.

و دلیل اینکه در حکم تلف می باشد، آنست که: همانطوری که المعدوم لایوجد بعینه، و تالف برگشتنی نیست، هکذا الساقط لایعود، المیّت لایحیی پس کالتالف بوده و ملزم معاطات است.

البته احتمال هم دارد که ساقط شده دوباره عود کند، یعنی قیاس ساقط به تالف، مع الفارق است، زیرا در تلف حقیقی و تکوینی که خارجاً چیزی معدوم می شود، دیگر عین او قابل اعاده نیست و در مباحث کلامی و فلسفی به ثبت رسیده که: اعادة المعدوم محالٌ ویا لاتکررّ فی الوجود [در اوّل مبحث معاد از کشف المراد، واوائل نهایة الحکمة.] ولی در سقوط مافی الذّمه، یک امر اعتباری است، که مجدّداً هم قابل اعتبار دین بر ذمّه، هست. پس سقوط کالتلف نبوده و ملزم نیست.

ولی مرحوم شیخ می فرماید: این احتمال ضعیف است، چراکه بر فرض

اعتباری بودن، باید بدانیم که اعتبار قبلی ساقط شد، و اعتبار بعدی یک اعتبار جدیدی است، و دلیل می طلبد.

و امّا بر مبنای اباحه: اوّل می فرماید: الحکم کذلک، یعنی فرض اباحه مثل فرض ملک است، و همانطوری که بنا بر ملک، مالک شدن مافی الذّمه موجب سقوط آن شد، هکذا بنابر اباحهٔ تصرّف هم، اباحهٔ مافی الذمة به خود من علیه الذّمه، موجب سقوط آن است و کالتلف می ماند و ملزم است.

ولی بعد می فرماید: فافهم: شاید اشاره باشد به اینکه: اوّلاً اباحهٔ مافی الذّمه معنی ندارد، و ثانیاً بر فرض قبول، می گوییم: سقوط از تلف که بالاتر است و ما در فرض تلف هم که فرع دوّم بود، گفتیم: علی الاباحه سلطنت مالک اصلی باقی است و تلف ملزم نیست، تا چه رسد به سقوط که بطریق اولی ملزم نخواهد بود.

پس بکر می تواند رجوع در عین مالش یعنی عبا بنماید، و متقابلاً دین جدیدی به ذمّه اش اعتبار شود.

۴ـ ولو نقل:

چهارم از ملزمات معاطات، نقل لازم است.

بیان ذلک: اگر متعاطیین [زید و بکر] پس از تعاطی عوضین [کتاب و عبا] هر دو طرف، و یا یکی از آندو، مال مأخوذ به معاطات را به فرد ثالث منتقل کردند [مثلاً زید عبائی را که از بکر دریافت کرده، به خالد منتقل کرد] آنهم به یک نقل لازم [یعنی از طرف این ناقل، عقد و معامله، لازم و غیرقابل فسخ است چه از طرف فرد ثالث هم لازم باشد، یا از ناحیهٔ او جایز و متزلزل باشد] حال آیا نقل لازم، ملزم هست یا خیر؟ باز مطلب را براساس دو مبنا [اباحه و ملک] محاسبه می کنیم:

اما بنابر ملک: بر این مبنا، نقل لازم همانند تلف می ماند [که در فرع یک و

دو مطرح شد] و تصرف ناقل در حکم تصرف متلف است یعنی پس از نقل لازم معاطات لازم می شود و طرفین نمی توانند آن را باطل کنند. دلیل مطلب:

اصل اوّلی بنابر ملک، لزوم بود، جواز و تزلزل، خلاف اصل است. و در امور کذایی باید به قدر متیقن اکتفا شود، و قدر متیقن از جواز، فرض امکان ترادّ است، و در فرض نقل لازم از دو یا یک طرف، ترادّ [ردّ عین از طرفین] ممکن نیست، پس موضوع جواز هم نیست، و به اصل اوّلی رجوع می کنیم و حکم به لزوم معاطات می نماییم.

واما بنابر اباحه: اگر گفتیم به مجردّ اباحهٔ تصرف از سوی مالک اصلی، مباح له حقّ هر گونه تصرّفی دارد [حتی تصرفات متوقف بر ملک، از قبیل نقل به عقد لازم و ...]باز تصرّف نقلی کاشف از ملکیّت آناًمّایی است و معاطات لازم می شود، ولی اگر به مجرّد اباحهٔ تصرّف، مطلق تصرفات را تجویز نکنیم، باید گفت: اصولاً نقل مذکور، باطل و بی اساس بوده و اثری بر آن مترتب نیست، و کما کان به ملک مالک اصلی باقی است، پس حق استرداد، دارد و الناس مسلطون پیاده می شود.

قوله: ولو عادت:

این فرع، دنبالهٔ فرع قبلی و متفرّع بر آنست.

بیان ذلک: پس از اینکه احد المتعاطیین مالی را که در اختیار داشت، به فرد ثالثی به نقل لازم منتقل کرد، از دو حال خارج نیست:

الف: یا نقل لازم به قوّت خود باقی می ماند و فسخ نمی شود، مطلب همان است که تا به حال بیان شد، که علی الملک ... و علی الاباحه ...

ب: پس از نقل مذکور، معامله فسخ شد [یا به اقاله و فسخ طرفین، و یا چون فرد ثالث حق الخیار داشت فسخ کرد، وگرنه ناقل، حق فسخ نداشت.] و عین مال [کتاب مثلاً] به دست ناقل برگشت، آیا متعاطیین می توانند معاطات را به

هم بزنند؟ باز روی دو مبنا بحث می شود: امّا بنا بر ملک: در اینکه بعد العود، شرعاً ترادّ عینین، جایز است یا نه؟ دو وجه مطرح است:

الف: پس از فسخ و عود، فعلاً ترادّ ممکن شده [و مانع مرتفع شده] پس باید شرعاً جایز باشد، دلیل جواز: استصحاب است، یعنی بعد از معاطات و قبل از نقل لازم ترادّ جایز بود، حال پس از نقل لازم و عود مجدّد عین، آیا جواز ترادّ باقی است یا نه؟ ارکان استصحاب تام است و از آن استفاده می کنیم.

ب: خیر تراد جایز نیست، زیرا بنابر ملک اصل اوّلی عبارت شد از: لزوم معاطات، و جواز خلاف اصل شد، و باید به قدر متیقن آن اکتفا شود، و قدر متیقن از ترادّ، آن ترادّی است که قبل از خروج عین و نقل آن از ملک مالک [آخذ مال از معطی] صورت می گرفت، ولی جواز ترادّ پس از نقل و عود، مشکوك است، و به اصل اوّلی لزوم برمی گردیم، و می گوییم:

پس از نقل چه عود بکند و چه نکند، معاطات قابل فسخ نیست.

مرحوم شیخ وجه ثانی را اختیار می کنند، و دلیلشان اینست که: در مقابل اصالة اللزوم که اصل اوّلی بود، جواز ترادّ، بقول مطلق، [چه مسبوق به نقل و عود باشد و چه سابق بر آنها] ثابت نشده، تا بگوییم: الآن موضوع جواز هست، پس حکم جواز هم خواهد بود.] بلکه قدر متیقن: امکان ترادّی است که سابق بر نقل و عود باشد، و استصحاب جواز یک اصل حکمی است و تا موضوع آن محرز نباشد، نوبت به اصل حکمی نمی رسد، و موضوع در مانحن فیه محرز نیست. [چون نمی دانیم، مطلق التراد، موضوع است؟ یا ترادّ خاصّ؟] پس جای استصحاب نیست، و حکم به لزوم معاطات می شود.

و امّا بنابر اباحه: می فرماید: بنابر اباحه نیز مطلب همین است، یعنی بعد از عود بالفسخ مالک اصلی حق ندارد رجوع کرده و معاطات را به هم زده و عین مالش را بگیرد، زیرا که تصرّف ناقل، یا نقل لازم، کاشف از اینست که: آناً ما

قبل از آن، با ارادهٔ نقل و تصرّف، ناقل، مالک شد [جمعاً بین الادّله] و نقلِ مذکور، در ملک او صورت گرفت.

حال بعداً احیاناً هم که عقد لازم فسخ شود، عین به ملک همین ناقل و مالک دوّمی برمی گردد نه مالک اوّلی، و هیچ دلیلی بر زوال ملکِ مالک دوّم نداریم. پس مالکِ اوّل حق ندارد معاطات را باطل کرده و عین مالش را استرداد کند.

قوله: بل الحکم:

نه تنها بنابر اباحه مطلب همین است، بلکه حکم به عدم جواز بنابر قول به اباحه اولی از حکم به عدم جواز بنابر قول به ملک است، و وجه اولویّت آنست که:

بنابر قول به ملک، یک جواز ترادّی سابقاً بود [که قبل از نقلِ لازم، امکان ترادّ و جوازِ آن وجود داشت.] لذا جا دارد کسی بگوید: پس از نقل و عود هم جواز ترادّ استصحاب می شود ... ولی بنابر اباحه چنین جواز ترادّی نبود [ترادّ اصطلاحی مخصوص ملک متزلزل است.] بلکه آنچه قبل از نقل، متحقّق بود، اصالت بقاء سلطنت مالک اصلی و مُبیح بود.

و در ما نحن فیه یعنی فرض نقل و عود، به مجرّدِ نقل لازم که کاشف از ملک بود، آن سلطنت سابق قطعاً مرتفع شد، و شکِ در بقاء آن نداریم تا استصحابش کنیم، الآن هم اگر سلطنتی بیاید، یک امر جَدیدی خواهد بود نه قدیم، و سلطنت جدید، دلیل می خواهد. و دلیل نداریم پس مجوّز فسخ معاطات، سلطنت مالک بود که آنهم منتفی است. و لذا اینجا به طریق اولی نتوان معاطات را به هم زد. پس اگر عین عود هم بکند، [چه بنابر ملک و چه بنابر اباحه] معاطات لازم و غیرقابل فسخ است.

قوله: نعم:

در این فراز دو تبصره ذکر می کنند که هر دو بنابر قول به اباحه، عنوان

می شود:

تبصرهٔ اوّل: تا به حال بنابراین بود که نقلِ لازم کاشف از اینست که آناً مّا قبل از آن با ارادهٔ نقل، ملکیّت آمد و ...

حال اگر بنا را بر این بگذاریم که: به خود عقد لازم، ملکیّت می آید و مباح له به نفس نقل، مالک می شود، و از طرفی هم فسخ را عبارت بدانیم از: بطلان و انفساخ معامله از هنگام عقد و از اوّل، نه از حین خود فسخ به بعد، حال طبق این دو مبنا اگر نقل لازم فسخ شد و عین برگشت به نزد ناقل، معنایش آنست که: اصلاً از اوّل کانّ معامله ای نبوده و سبب ملک مالک ثانی از بین می رود و عین مستقیماً به ملک مالکِ اوّلی و اصلی برمی گردد، و غیر او یعنی ناقل و مباح له تنها حق تصرّف دارد، آنهم تا مادامی که مالش را نگرفته است. و وقتی به ملکِ مالک اصلی برگشت، مقتضای قاعده [عموم حدیث سلطنت] آنست که: وی بر مالش مسلّط باشد، پس حق دارد عینِ مالش را استرداد کند و معاطات را به هم بزند، البته مشروط بر اینکه یا عینِ مالِ طرف مقابل، نزد او موجود باشد، و یا اگر هم منتقل کرده به همین صورت به خود او عود کرده باشد. حال تبصرة: بنابراین معاطات لازم نشده و ملزمی پیدا نکرده است.

تبصرهٔ دوّم: قوله: وکذا لو قلنا:

اگر قائل شدیم به اینکه: لازم نیست، مباح له مالکِ باشد تا مطلق تصرفات برای او جایز باشد، بلکه کافی است که اباحهٔ تصرف در کار باشد که هست، به مجرّد اباحه و تسلیط مالک، وی حق دارد کتاب را بفروشد، و ثمن را مالک شود [قبلاً در اواخر تنبیه چهارم به این مطلب اشاره شد، و این جمله مؤیّد آنست که آنجا هم کلمهٔ ویملک الثمن باشد.]

بنابر اینهم، اگر معامله فسخ شد و عین عود کرد، باز به ملکِ مالک اصلی عود می کند، و سلطنت او محفوظ است و حق دارد معاطات را ابطال کند ... .

قوله: لکن:

لکن هر دو تبصره ضعیف و باطل است:

امّا اوّلی: اوّلاً مملّک خود عقد لازم نیست و قبل از آن ارادهٔ تصرّف و نقل، موجب ملکیّتِ آناً مّائی است، زیرا به حکم لابیع الاّ فی ملک، باید بیع در ظرف ملکیت باشد، و َملک مقدّم بر آن باشد نه همزمان و به نفس عقد، و ثانیاً فسخ هم به معنای انفساخ از حین عقد نیست بلکه از حین فسخ است [و ثمره در نماء ظاهر می شود که در جای خود خواهد آمد.] پس بعد از فسخ هم به ملک ناقل و مالک ثانی عود می کند و موجِبی برای زوال آن نیست. پس مالک اصلی حق ندارد معاطات را به هم بزند.

و امّا دوّمی: چنین چیزی نه عقلاً معقول است و نه شرعاً جایز، امّا عقلاً: معنا ندارد که مثمن از ملک دیگری خارج شود ولی ثمن به ملک ناقل درآید. و امّا شرعاً: لابیع الاّ فی ملک، و تا ملک نباشد حق نقلِ لازم هم نخواهد بود.

اقوی اینست که پس از فسخ، عین به بایع و مباح له برمی گردد و ملک او است و مُعطی یا مالک اصلی حقّ رجوع ندارد.

۵ـ قوله: ولو کان الناقَل:

یکی دیگر از ملزماتِ معاطات، نقل جایز است، بیان ذلک: اگر پس از معاطات، یکی از آندو [و به طریق اولی فرضی که هر دو چنین کنند.] مالی را که در اختیار داشت، به نقل معاوضیِ جایز [بیع خیاری] به فرد ثالث، منتقل کرد و فروخت، آیا چنین نقلی مُلزِم است؟ برد و مبنا محاسبه می شود:

امّا بنابر ملک:

آری نقلِ جایز هم مثل نقل لازم، مُلزم است و مالکِ اصلیِ عین منقوله، و مالک جدید عین باقیه که به معاطات مالک شده، حق ندارد، ناقل را ملزم و مجبور به رجوع و فسخ بیع خیاری کند، ناقل مالک بوده و حق چنین نقلی داشته،

کسی هم نمی تواند او را مُلزَم به انصراف نماید، و نیز مالک اصلی حق ندارد خود مستقیماً رجوع در عین کرده و نقل جایز را فسخ نموده و عین مالش را مطالبه کند، و وقتی حق نداشت، پس آن ترادّی که موضوع جواز رجوع بود [که قدر متیقن ترادّ سابق بر نقل بود.] در اینجا متحقّق نیست، پس حکم جواز هم منتفی خواهد بود.

سئوال: آیا بر ناقل، تحصیل موضوع ترادّ، واجب است؟

جواب: خیر، واجب نیست، و اصولاً هیچ موضوعی تحصیلش واجب نیست، بلکه اگر اتّفاقاً خود به خود حاصل شد، حکمش می آید، مثل استطاعت نسبت به حجّ، تمکّن از نصاب نسبت به زکات و ... پس علی الملک، با نقل جایز هم معاطات لازم شد.

و امّا بنابر اباحه: باز هم آری یعنی نقل جایز، مُلزِم معاطات است، زیرا این نقل جایز بیع است ولابیع الاّ فی ملک، پس کاشف از ملکیّت آناً مّائی است، پس سلطنت مالک قیچی شد، و مجوّزی برای رجوع و فسخِ معاطات ندارد.

قوله: نعم:

آری اگر نقل جایز، یک نقل غیرمعاوضی باشد، مثلاً احد المتعاطیین عین مال دیگری را که برای او مباح شده [این تبصره بر مبنای اباحه است.] به شخص ثالث هبه کند که تملیک مجانّی است نه معاوضه، و ما هم بگوئیم: هبه مثل بیع و وقف و ... نیست، زیرا در باب بیع، لابیع الاّ فی ملکٍ داریم ولی لاهبة الاّ فی ملکٍ نداریم.

پس تصرّف هبه ای کاشف از ملک نیست، بلکه بدون مالک بودن هم به مجرّد اذن و اباحه می تواند هبه کند، پس گویا در واقع خود مالک اصلی هبه کرده و واهب یا مباح له واسطه ای بیش نیست و چون مجاز است چنین کرده، گویا وکالت دارد.

حال در چنین فرضی جا دارد که بگوئیم: پس از هبه هم معاطات لازم نشده و ترادّ جایز است البته مشروط بر اینکه، عین دیگر در دست طرفِ دیگر باقی باشد، و یا اگر هم منتقل شده بود به همین صورتِ هبه ای منتقل شده باشد والاّ اگر به صورتِ بیعی و معاوضه ای بود حکم عینِ تالف را دارد که مُلزم بود.

[عبارت مرحومِ شیخ اینست:

او عودها الی مالکها بهذا النحو من العود اذ لو عادت بوجه آخر کان حکمه حکم التلف. این عبارت چندان با بحث متناسب نیست، و لذاً به قول مرحوم شهیدی در حاشیه: الظاهر وقوع الغلط فی النسخة، والصواب بدله: او نقلها الی الغیر بهذا النحو من النقل ای الهبة، اذ لو نقلها بوجه آخر یعنی به المعاوضه کان حکمه حکم التلف.(۱)]

۶ـ قوله: ولوباع العین:

دو نفر به معاطات مالی را به یکدیگر اعطاء نمودند، پس از آن فرد ثالثی [نه یکی از آندو] فضولتاً [نه با اذنِ طرف] یکی از مالین را به فرد رابعی فروخت، سپس متعاطیینَ باخبر شدند، چهار فرض متصوّر است:

۱ـ اجازهٔ هر یک: این فرض را بر دو مبنای ملک و اباحه، عنوان می کنیم:

امّا علی الملک: اگر مالک اصلی و اوّلی آنرا اجازه کند بعید نیست که اجازهٔ او صحیح و مؤثّر باشد و به معنای رجوع فعلی در معاطات باشد، یعنی همانطوری که اگر مالک اوّلی خودش مستقیماً عین را به ثالثی می فروخت یا وقف می نمود و ... رجوع فعلی از معاطات بود، هکذا اگر بیع فضولی را اجازه کند.

[ولی به صورت قطع و جزم، حکم به صحت ننمودند، بلکه لایبعد فرمودند.

شاید جهتش این باشد که: در بیع فضولی اجازهٔ مالک مؤثّر است و فعلاً مالک اوّلی مالک نیست و آخذ، مالک است. پس احتمال عدم صحّتِ اجازهٔ

---

(۱) هدایة الطالب، ص۱۸۶.

اوّلی، وجود دارد.] ولی اگر مالک دوّمی اجازه کند بدون هیچ اشکالی اجازهٔ او نافذ و مؤثّر بوده و بیع برای او واقع می شود و مثل آنست که خود مستقیماً بیع کرده باشد، و بالنتیجه: در این فرض اجازهٔ بیع فضولی یکی از مُلزِماتِ معاطات می شود.

و امّا علی الاباحه: بنابر مبنای مشهور یعنی قول به اباحه، قضیّه برعکس می شود، یعنی اگر مالک اصلی و مُبیح اجازه کند بدون شک اجازه اش نافذ است، چون مالکِ فعلی است و اجازه اش رجوع از معاطات هم خواهد بود. ولی اگر مباح له و دوّمی اجازه کند، نفوذ اجازهٔ او محلّ اشکال است. [و وجه اشکال اینست که: از طرفی چون حقِّ هر نوع دخل و تصرّفی را از سوی مالک اصلی دارد، پس حقّ اجازه کردن هم دارد، و اگر اجازه کرد نافذ است. و از طرفی چون مالک نیست، و در فضولی اذن و اجازهٔ مالک معتبر است، پس اجازهٔ دوّمی بی اثر است.]

۲ـ ردّ هر یک: این فرض بنابر هر دو مبنای ملک و اباحه یکسان است، یعنی چه قائل به ملک شویم و چه اباحه، هریک از طرفین حق ردّ دارند، و اگر بیع فضولی را یکی از آندو ردّ کرد معامله باطل می گردد، و هر کدام زودتر خبردار شد و ردّ کرد، ردّ او مؤثّر است.

۳ـ ردّ احدهما و اجازهٔ دیگری: اگر فرضاً یکی اجازه کرد و دیگری ردّ نمود، هر کدام که سابق باشد همان نقش دارد، چه اجازه و چه ردّ، و اجازه یا ردّ دیگری نقشی نخواهد داشت.]

۴ـ اگر فرض کنیم که معاطات امروز واقع شد، و بیع فضولی ده روز بعد، و رجوعِ مالکِ اصلی از معاطات دوازده روز بعد، [دو روز پس از بیع فضولی] و اجازهٔ دوّمی نسبت به بیع فضولی پانزده روز بعد، [پنج روز پس از بیع فضولی و سه روز پس از رجوع مالک اوّلی] چه باید کرد؟

آیا رجوعِ مالک اصلی مقدّم است؟ یا اجازهٔ دوّمی؟ مطلب مبتنی می شود بر دو مبنائی که در رابطه با اجازهٔ بیع فضولی مبسوطاً خواهد آمد، و آندو، مبنای کشف و نقل است، بیان ذلک:

اگر اجازهٔ دوّمی را کاشفه بدانیم [یعنی کاشف از این باشد که از همان لحظهٔ وقوع بیع فضولی، بیع صحیح بوده و برای مُجیز واقع شده و نمائات هم به او تعلّق می گیرد.] در ما نحن فیه اگرچه زماناً اجازه پس از رجوع است ولی لبّاً و باطناً تقدّم بر رجوع دارد و در نتیجه رجوعِ مالک اصلی لغو و بی اثر خواهد بود.

البته احتمال هم دارد که رجوع لغو و بی اثر نباشد، بدلیل اینکه: قبول می کنیم که اجازه کاشف است ولی هنوز که اجازه نیامده، پس در هنگام رجوعِ مالک اصلی، هیچ دخل و تصرّفی از سوی دوّمی انجام نشده، پس اجازهٔ او قبل از تصرّف دوّمی بوده و نافذ است و بالنتیجه: اجازهٔ دوّمی بی اثر خواهد بود.

و امّا اگر اجازه را ناقله بدانیم [یعنی در مثال مفروض از حین اجازه که پانزده روز بعد از معاطات است نقل و انتقال حاصل می شود.] رجوع مالک اصلی قطعاً قبل از هر نوع دخالتی از سوی دوّمی بوده و رجوع، نافذ و اجازه لغو خواهد بود.

نتیجه: اجازهٔ بیع فضولی هم در بعض از صور، از جملهٔ ملزماتِ معاطات گردید.

۷ـ قوله: ولو امتزجت:

دو نفر به معاطات مالی را به یکدیگر دادند [مثلاً زید مقداری گندم به بکر داد و بکر مقداری شیره] سپس مالین هر دو یا یکی از آندو با مال دیگری که در دستِ آخذ بود ممزوج گردید. [مثلاً گندمی که گرفته بود با گندمهای خودش ممزوج شد، شیره با سرکه ممزوج شد.] آیا امتزاج هم از مُلزماتِ معاطات و از مُسقِطاتِ رجوع است؟ بر دو مبنای ملک و اباحه در معاطات محاسبه می کنیم:

امّا بنابر ملک: بر این مبنا امتزاج موجب سقوط رجوع است، یعنی پس از آن

تفصیلی داشت. عودعین بعداز فسخ، موجب جواز رجوع نمی شود، علی الملک والاباحه.

نقل معاوضی جایز، ملزم است چه بنابر ملک و چه اباحه.

نقل جایز غیرمعاوضی کالهبه، علی الملک ملزم است، علی الاباحه خیر.

اجازه در بیع فضولی، در بعض فروض ملزم بود که گذشت.

تصرّف امتزاجی، علی الملک ملزم بود، علی الاباحه خیر.

تصرّف مغیّر، علی الاباحه ملزم نبود، و علی الملک ذو وجهین بود.

قوله: ثم انّك:

همانطوری که در فرع اوّل [تلف العوضین] اشاره شد، هم در بیع خیاری، جواز رجوع مطرح است. و هم در معاطات.

امّا ماهیّت آندو متفاوت است، جواز رجوعی که در بیع خیاری مطرح است یک حقّ است که ذی الخیار دارد، ولی جواز رجوعی که در معاطات مطرح است یک حکم شرعی است و از قبیل جواز رجوع واهب در هبه [علی الملک] و جواز رجوع میزبان در اباحهٔ طعام برای میهمان [علی الاباحه] است.

و تفاوت بینهما همان تفاوتِ حقّ و حکم است: اگر حق باشد زمام امرش در دست ذی الحقّ است که می تواند آن را اعمال کند و معامله را فسخ نماید، و می تواند بر آن مصالحه نماید، و می تواند آن را اسقاط نماید [چه ابتداءً و چه در ضمن معامله ای از معاملات] و اگر ذی الحق بمیرد، حقّ مذکور به ورثه منتقل می شود و قابل ارث بردن است. ولی حکم شرعی تابع موضوع خود است و تا موضوع باشد حکم هم هست والاّ فلا، نه قابل مصالحه می باشد، و نه قابل اسقاط است. و زمام امرش به دست شارع است نه به دست مکلّف.

قوله: فلومات:

ثمرهٔ حق یا حکم بودن: اگر پس از معاطات و قبل از هر گونه دخل و

تصرّفی یکی از متعاطیین مردند، چنانچه جواز رجوع، حقّ مورّث بود به وارث منتقل می شد، ولی حالا که حکم شرعی است، به ورثه منتقل نمی شود، و رجوع آنها بی اثر است، بلکه با موتِ مورّث معاطات لازم می شود [در نتیجه موت احدهما یا کلاهما هم از ملزماتِ خواهد بود.]

دلیل مطلب: للاصل: مراد از این اصل همان اصالة اللزوم است که علی الملک در معاطات، به عنوان اصل اوّلی مطرح شد، یا الاصل عدم جواز رجوع الوارث بعد موتِ المورّث است چنانکه قبل از موت حقّ نداشتند، یا الاصل بقاء ملک الآخذ بعدَ موت المورّث و بعد از رجوع وارث است کما قبل الرجوع، و قدر متیقن از من له الرّجوع [کسی که حقّ ردّ داشت] و من الیه الرجوع [و کسی که دیگری حق دارد به او رجوع کند.] مالک اصلی و مورث است. نه وارث.

قوله: ولایجری:

اگر کسی بگوید: از استصحاب بقاء رجوع استفاده می کنیم.

مرحوم شیخ می فرماید: این استصحاب جاری نمی شود. [چون موضوع عوض شده زیرا قبل از موت، موضوع، مورّث بود و پس از آن، وارث است. و نتوان حکم موضوعی را به دیگری سرایت داد.]

قوله: ولوجنّ:

اگر پس از معاطات، یکی از متعاطیین مجنون شد، چه باید کرد؟

می فرماید: تمام احکامی که برای خود او بود در فرض جنونش، به ولّی او [پدر یا جدّپدری و اگر نبود، حاکم شرعی] منتقل می شود و علی الملک یا علی الاباحه در معاطات همان مطالب می آید که چه اموری ملزِم است و چه اموری نیست، و تصرّف ولّی جای تصرّف خود او را می گیرد.

(۷)

(تنبیه هفتم)

تنبیه هفتم: از تنبیهاتِ معاطات راجع به اینست که: آیا معاطات شعبه ای از بیع و از آن مقوله است؟ یا معَاوضهٔ مستقلّی است؟ از مجموع صدر و ذیل عبارت مکاسب سه نظریّه مستفاد است:

۱ـ شهید ثانی در مسالک[1] فرموده:

پس از اینکه یکی از ملزمات معاطات [تلف، نقل و ...] محقّق شد و معاطات از جواز و تزلزل درآمد و لازم شد [البته در عبارت مرحوم شیخ کلمهٔ بعد التلف آمده و روی خصوص این مورد تکیه شده ولی از باب مثال است نه حصر و اختصاص.

و به قول مرحوم شهیدی: ... الثامن علی تقدیر لزومها باحد الوجوه المذکورة ... مراده من الوجوه المذکورة هو: تلف العینین وتلف احدیهما وتلف بعض احدیهما وامتزاجهما وامتزاج احدیهما ونقل العینین ونقل احدیهما ... وحیث انّ مناط اللزوم بغیر التلف انّما هو من جهة کونه بمنزلة التلف اقتصر المصنف بالتلف وقال بعد التلف[2]].

---

(۱) مسالک الافهام، ج۳، ص۱۵۱.

(۲) هدایة الطالب، ص۱۸۶.

[نکته: اینکه فرمود: بعد از تلف این بحث مطرح می شود که آیا بیع است یا معاوضهٔ مستقل؟ سرّش در ادامهٔ بحث روشن خواهد شد.]

این مطلب مطرح می شود که آیا: معاطات ماهیّتاً نوعی بیع است و احکام بیع را دارد؟ یا معاوضهٔ مستقلّی در عرض بیع و اجاره و ... است و احکام خود را دارد؟ و جهان: سپس شهید ثانی برای هر وجهی دلیلی آورده، و فرموده:

محتمل است که بیع باشد، بدلیل اینکه: از طرفی معاوضهٔ مستقلّ بودن دلیل می طلبد و ما دلیلی بر آن نداریم [نه از عرف و نه عقل و نه شرع] پس حتماً باید در یکی از معاملاتِ معروف و متعارف [اجاره ـ بیع ـ صلح و ...] داخل شود.

و از طرف دَیگر معاوضات معروف، محصور و معیّن است [و در کتب فقهی از قبیل شرح لمعه و ... آمده است].

و از طرف سوّم روح و حقیقت معاطات با هیچیک از آنها سازگار نیست مگر با بیع و تنها بابی که معاطات با او سنخیّت کامل دارد [و عرفاً هم آن را بیع می دانند و بلکه اصل در بیع است] باب بیع است. پس با مقدمات مذکور، معاطات داخل در بیع و فردی از آن خواهد بود و معاملهٔ مستقلّی نخواهد بود.

و محتمل است که معاوضهٔ مستقلّی باشد، بدلیل اینکه: آن روزی که معاطات محقّق شد [و دو نفر به معاطات معامله ای و اعطاء و اخذی کردند] به اتفاق فقهاء [منظور فقهاء متقدّم بر شهید ثانی است که معاطات را مفید اباحه می دانستند.] بیع نبود [زیرا که بیع مفیدِ ملک است و معاطات مفید ملک نیست.] حال چگونه ممکن است که پس از تَلف [یا نقل و تغییر و ...] بیع گردد؟ [چنین چیزی اوّلاً معقول نیست، لانّ الشیئ لاینقلب عما وقع علیه.

و ثانیاً بر فرض معقولیت و شک در آن، استصحابِ عدم بیع بودن جاری می شود. و وقتی بیع نبود پس معاوضهٔ مستقلّی خواهد بود.]

[البته نتیجهٔ بیع نبودن لزوماً آن نیست که: پس معاملهٔ مستقلی است، خیر

ممکن است داخل در صلح و فردی از آن باشد. ولی شهید ثانی و شیخ اعظم(ره) آن را متعرّض نیستند.]

قوله: وتظهر الفائدة:

سپس جناب شهید ثانی ثمرهٔ این نزاع را به این صورت بیان کرده: [در آندسته از احکام و مسائلی که به مطلق المعاوضه مربوط می شود و اختصاص به معاملهٔ خاصّی ندارد، ثمره ظاهر نمی شود، امّا] در احکامی که مخصوص بیع می باشد، ثمره ظاهر می گردد، و آن اینکه: اگر معاطات بیع باشد این احکام بر آن مترتّب می شود ولی اگر معاملهٔ مستقلّی باشد، احکام البیع را نخواهد داشت. به عنوان مثال:

خیار حیوان مخصوصِ بیع است [و در روایات می خوانیم: ثلاثة ایّام للمشتری ...] اگر معاطات بیع باشد در معاطات حیوان، خیار مذکور جاری می شود، والاّ فلا.

البته قیدی هم در عبارت آمده: لوکان التالف [باز تلف از باب مثال است و ملزمات دیگر هم منظور است.] الثمن او بعضه، یعنی خیار حیوان در صورتی در معاطات بر فرض بیع بودن، می آید که خود حیوان باقی باشد و نقل یا تلفی روی آن انجام نشود و ثمن آن کلاً یا بعضاً تلف یا نقل شده باشد، والاّ اگر خود حیوان تلف شود قانون آنست که: کل مبیع تلف فی زمن الخیار فهو من مال من لاخیار له، یعنی ضرر به بایع می رسد و معامله خود به خود منفسخ می گردد، و نوبت به لزوم و جواز نمی رسد.

قوله: وعلی تقدیر:

خیار حیوان در شریعت، سه روز است، حال بر فرض که معاطات بیع باشد و خیار حیوان در آن جاری شود، مبدء سه روز از چه زمانی است؟ آیا از هنگام معاطات است؟ یا از هنگام لازم شدن آن به وسیلهٔ یکی از ملزمات؟ شهید ثانی

فرموده: کلٌّ محتمل، یعنی هر کدام ممکن است، [و وجه آندو عبارتست از:

اگر موضوع الخیار را بیع فعلی عرفی بدانیم اعمّ از اینکه شرعاً هم بیع فعلی باشد یا بیع شأنی و بالقوة، معاطات از حین وقوعش بیع عرفی است، پس از همان موقع خیارِ حیوان می‌آید. ولی اگر موضوع خیار را خصوص بیع فعلی عرفی و شرعی بدانیم، معاطات از ابتدا بیع شرعی نیست و پس از لزوم، بیع شرعی می‌شود پس از حالا به بعد خیار حیوان در آن جاری می‌شود.]

سپس شهید ثانی فرموده: هر کدام از دو احتمال مذکور قابل مناقشه است:

امّا اشکال وجه اوّل: به عقیدهٔ فقهاء [علی الاباحه] معاطات از حین وقوع، بیع نیست تا خیار حیوان در آن جاری شود. [بیع شرعی نیست.]

و امّا اشکال وجه دوّم: خیار از آثار معامله است، و تصرّف [یا تلف یا هر ملزم دیگر] که به تنهائی معاوضه نیست تا بدنبالش خیار حیوان بیاید.

سپس از اشکال ثانی جواب داده: ممکن است کسی بگوید: معاطات جزء السبب برای معامله است و تصرف، جزء دیگر آنست و با آمدن تصرّف، سبب معامله تمام و کامل گردیده و لذا از حالا به بعد خیار حیوان می‌آید.

سپس فرموده: اقوی اینست که خیار حیوان در معاطات جاری نیست [ولو آن را بیع بدانیم.] بدلیل اینکه: بر فرض بیع بودن، مفید لزوم نیست، و مفید جواز است و خود بخود قابل فسخ است، خیار حیوانی باشد یا نه، پس وجود خیار حیوان لغو است.

[دو نکته:

۱ـ از اینجا معلوم می‌شود که شهید ثانی مبدء الخیار را از حین معاطات گرفته والاّ اگر از حین لزوم بود، جای این فتوی نبود.

۲ـ ما قبول نداریم لغویّت را و در باب خیارات خواهد آمد که گاهی بیع از دو یا چند جهت متزلزل باشد، و آمدن خیار جدید مؤکّد خیار و تزلزل است مضافاً به

اینکه حق الخیار قابل اسقاط و مصالحه و ... می باشد پس بی فایده نیست.] سپس فرموده: آری بر مبنای شیخ مفید و پیروان او که معاطات را از ابتدا مفید ملکِ لازم می دانند [مثل بیع قولی] خیار حیوان در آن می آید و لغو هم نیست.

سپس فرموده: امّا خیار عیب [که به معاطات جنس معیوبی به طرف داده] و غبن [که شخص مغبون شده و کلاه سرش رفته] بنابر هر دو تقدیر [چه معاطات را بیع بدانیم و چه معاوضهٔ مستقل] در معاطات، جاری است [چرا که اختصاص به بیع ندارند و در مطلق معاوضات جاری و ساری هستند.]

سپس فرموده: خیار مجلس هم حتماً در معاطات جاری نمی شود. [زیرا از دلیلِ خیار مجلس: البیّعان بالخیار مالم یفترقا واذا افترقا وجب البیع، بخوبی استفاده می شود که خیار مذکور از آنِ بیعی است که جز از جهت مجلس، لازم و غیرقابل فسخ باشد، و معاطات بر فرض بیع بودن، چنین نیست، زیرا از حین وقوع، بیع متزلزل است نه لازم.]

قوله: والظاهر:

مرحوم شیخ می فرماید: اینکه شهید ثانی فرمود: بعد از تلف و ملزم دیگر بحث می شود که: آیا معاطات بیع است یا معاوضهٔ مستّقل، که مفهومش اینست: قبل از تلف و ... جای این بحث نیست، و حتماً معاطات بیع نیست، همهٔ اینها بر مبنای مشهور و خود شهید ثانی است که معاطات را مفید اباحه می دانند نه ملک، و طبعاً جا ندارد که بحث از بیع بودنِ آن شود، چون مفید ملک نیست تا بیع باشد.

و امّا بر مبنای محقق ثانی و متأخرین که معاطات را مفیدِ ملک می دانند، بحث از اینکه: آیا معاطات قبل از لزوم [از بدو تحقّق] بیع است یا معاوضهٔ مستقلّ؟ بحثی لغو و بی فائده است. چرا که قائلین به ملک جایز به اتفاق کلمه معاطات را بیع می دانند [بیع صحیح شرعی] منتها بنا به دلائلی مفید لزوم

نمی دانند، و هنگامی که یکی از ملزمات آمد قطعاً بیع لازم خواهد بود، و احکام بیع لازم بر آن مترتب خواهد شد. مگر آندسته از احکامی که مخصوص بیع عقدیِ لازم باشد که در معاطات نخواهد آمد. ولی احکام دیگر بیع در معاطات هم می آید.

قوله: وقدتقدّم:

مرحوم شهیدی این جمله را دفع توهّمی دانسته و فرموده:

اقول: هذا دفع لما یتوهّم ان یقال وحاصل التوهم ان المعاطاة ایضاً علی القول بالملک بیع مبناه علی اللزوم لولا الخیار فیجری فیها ایضاً حکم هذا النحو من البیع. وحاصل الدفع انّ هذا یتمّ لو کان الجواز فی المعاطاة بمعنی ثبوت الخیار وقد تقدّم انّ الجواز هنا لایراد به ثبوت الخیار.(۱)]

۲ـ قوله: وکیف کان:

نظریه دوّم از مرحوم شیخ است که می فرماید: [معاطات بنابر قول به ملک که حتماً بیع بود عرفاً و شرعاً و احتمال معاوضهٔ مستقل را نداشت.

و امّا بنابر قول به اباحه نیز حق اینست که: معاطات یک معاوضهٔ مستقلّی نیست، بلکه بیع است منتها بیع عرفی ای که شارع مقدّس از ابتدا آن را تصحیح و امضاء نفرموده است.

آری بعد از تلف و مانند آن مورد امضاء شارع واقع شده، و طبعاً احکام البیع هم پس از تلف و ... بر معاطات جاری می شود نه ابتدا.

آری احکامی که به دلیل خاص، از آنِ بیع صحیحِ شرعی من اوّل الامر است، در معاطات بر مبنای اباحه جاری نیست، چون از ابتدا بیع شرعیِ بالفعل نیست. [کما اینکه بر مبنای ملک هم، آندسته از احکامی که مخصوص بیعِ صحیحِ لازمِ من اوّل الامر بود، در معاطات نیامد] پس به عقیدهٔ شیخ اعظم:

(۱) هدایة الطالب، ص ۱۸۸.

معاطات بنابر هر دو قول، بیع است.

۳ـ قوله: والمحکّی:

از حواشیِ شهید اوّل حکایت شده که به عقیدهٔ ایشان: معاطات مطلقاً [قبل از لزوم یا پس از آن] بیع نیست و یک معاوضهٔ مستقلّی است[1] [جایزه باشد یا لازمه، در این عبارت دو احتمال است.

یکی اینکه: کلمهٔ او برای تنویع باشد که معاوضهٔ مستقل هم دو قسم است: جایز و لازم.

دیگر اینکه: اشاره به دو حالت متفاوت قبل از تلف و پس از آن باشد که قبل از آن جایز و پس از آن لازم باشد و همین احتمال اقرب به ذهن است.]

قوله: والظاهر:

مرحوم شیخ می فرماید: اینکه شهید اوّل معاطات را معاوضهٔ مستقلی دانست بر مبنای خود او [مشهور] است که معاطات را مفید اباحه می دانند و نام معاوضهٔ مستقل هم اباحهٔ معوّضه یا عوضیّه است که اباحه ای در مقابلِ اباحه ای واقع شده است: [وگرنه بر مبنای ملکیّت حتماً بیع است.]

قوله: ولکن:

اشکال به شهید اوّل: خود شما می گوئید: پس از حصول یکی از ملزمات معاطات مفید ملک لازم است و این با مبنای شما که قبل از آن قائل به اباحه بودید، نمی سازد، برمبنای شما باید بگوئید: پس از تلف و مانند آن اباحهٔ لازمه می آید که قبلاً بود و حالا لازم شد، نه ملکیّت لازمه که قبلاً نبود. پس ملک لازم را از کجا آوردید؟

[آری برمبنای ملکیّت این سخن بجا است که یک زمانی ملکِ جایز بود و حالا ملک لازم شده است.]

---

(۱)حاکی جناب محقق عاملی صاحب مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۸ می باشد.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: اباحهٔ لازمه یک بام و دو هوا است و ما اباحهٔ لازمه نداریم، و شاید هم اشاره باشد به اینکه: علی القاعده باید اباحهٔ لازمه را بگویند ولی اجماع قائم است بر ملکِ لازم پس از تلف و مانند آن، و لذا به حکم اجماع که دلیل خاصّ تعبّدی است اینان ملک را فرموده اند.

(۸)

(تنبیه هشتم)

تنبیه هشتم: و آخرین تنبیه از مباحثِ مربوط به معاطات، در مورد تحقّق معاطات با قول غیرجامع شرائط است.

بیان ذلک:

بطور کلّی انشاء تملیک معاوضی از سه حال خارج نیست:

۱ـ انشاء تملیک به توسّط قول و عقد و صیغه ایکه جامع جمیع شروط معتبر [در آینده خواهد آمد.] در آن، باشد. چنین انشائی مفید ملک لازم است.

۲ـ انشاء تملیک به واسطهٔ فعل و عمل و تعاطیِ طرفینی بدون اینکه لفظ و قولی مطرح باشد. چنین انشائی همان معاطاتِ مصطلح است که میان فقهاء عامّه و خاصّه معرکهٔ آراء بود، و کلیّهٔ بحثهائی که از آغازِ معاطات تا به حال داشتیم، مربوط به همین قسم بود.

۳ـ انشاء تملیک به سبب قولِ غیرجامع شرائط، یعنی طرفین با صیغه و ایجاب و قبول لفظی انشاء تملیک و تملّک نموده اند، ولی شروط معتبر در عقد را ندارد [مثلاً عربیّت ندارد و به زبان دیگری انشاء شده، یا مثلاً ترتیب بین ایجاب و قبول مراعات نشده و بجای آن به صورتِ استیجاب و ایجاب انشاء شده، یا موالات بین اجزاء عقد مراعات نشده و ... بنابر اینکه امور مذکور در صحّت و

لزوم عقد دخیل باشند، کما سیأتی.]

حال بحث در اینست که: بلا اشکال معاطاتِ مصطلح [که احکامی داشت و عندالمشهور الی زمان المحقّق الثانی مفید اباحه بود، و از زمان ایشان به بعد مفید ملک متزلزل بود و ...] به توسّط انشاء تملیکِ صد درصد فعلی [یعنی با قبض و اقباض یا اعطاء و اخذِ عوضین] محقّق می شد و مصداق اکملِ معاطات همین فرد بود.

انّما الکلام در اینست که: آیا معاطات به وسیلهٔ انشاء تملیک با قول غیرجامع شروط، محقّق می شود یا نه؟ به عبارت دیگر: آیا انشاء تملیک به سبب قول غیرجامع، در حکم معاطات و ملحق به آن و محکوم به احکام آن است؟ یا ملحق به قول جامع شرائط و مفید ملکِ لازم است؟ یا نه ملحق به معاطات و نه به بیع لازم است، و از اصل، فاسد و کالعدم است؟

سابقاً بحثی بود در اینکه، به اتّفاق فقهاء، لزوم در گرو انشاء قولی است، و فعلی کافی نیست.

و مرحوم شیخ در همانجا این رأی را داشتند که به مقتضای قاعده، انشاء فعلی هم مفید لزوم است و وجوه ثمانیه بر آن اقامه کردند، ولی بعد به جهتِ مخالف بودنِ لزوم با اجماع از آن صرفنظر کردند و پذیرفتند که لزوم محتاج به قول و لفظ است، ولی آیا لفظ خاصّی و با شرائط مخصوصی؟ یا مطلق لفظی که دالّ بر معامله و کاشف از تجارةً عن تراضٍ باشد؟

نظر مرحوم شیخ این شد که: مطلقُ اللفظ کافی است و لفظ ویژه با شروط ویژه لازم نیست. و تازه لزوم مطلقِ لفظ را هم به جهت فرار از مخالفت با اجماع پذیرفتند نه روی ضابطه و قاعده.

حال در ما نحن فیه می فرمایند: اگر ما قائل به همان مقاله شویم و مطلق لفظ را در لزوم کافی بدانیم.

در اینجا باید بگوئیم: انشاء تملیک به توسّط قول غیرجامع شروط، مثل انشاء قولیِ جامع شرائط است یعنی بیع صحیح لازم است و ربطی به معاطات ندارد. [و طبق این مسلک، معاطات به بیع و انشاء تملیک فعلی محض، منحصر می شود.]

ولی اگر قائل به مقالهٔ مشهور شویم و بگوییم: برای افادهٔ لزوم مطلق لفظ کافی نیست بلکه علاوه بر لفظ و صیغه باید شرائط دیگری هم باشد [از قبیل: عربیّت، ماضویّت، موالات و ...].

طبق این مبنا باید بحث کرد که: آیا انشاء تملیک به وسیلهٔ قول غیرجامع شرائط، چه حکمی دارد؟ آیا مطلقاً صحیح است؟ یا مطلقاً فاسد است؟ یا تفصیل در کار است؟ سه وجه مطرح است:

۱ـ انشاء تملیکِ مذکور، در حکم معاطاتِ مصطلح بوده و بدان ملحق است [قائلین به اباحه در اینجا هم طرفدار اباحهٔ تصرف می شوند، و قائلین به ملک متزلزل، طرفدار همان می شوند.] آنهم مطلقاً یعنی خواه دنبال این انشاء قولی قبض و اقباضی هم صورت بگیرد، یا فعلاً تقابضی نباشد، صرف قول جانشین فعل می شود.

۲ـ در انشاء قولیِ مذکور، تفصیل مطرح است: اگر بدنبالِ آن و با بناگذاری بر آن قبض و اقباض هم محقّق شود چنین انشائی به معاطات ملحق شده و احکامِ آن را خواهد داشت. و اگر صرف انشاء قولی باشد و هیچگونه قبض و اقباضی صورت نگیرد ملحق به معاطات نشده و وجود این انشاء کالعدم خواهد بود.

۳ـ انشاء لفظیِ مذکور، در حکم معاطات نبوده و هیچ اثری ندارد و وجودش کالعدم است. آنهم مطلقاً یعنی چه بدنبال آن قبض و اقباضی حاصل بشود یا خیر [نقطه مقابلِ وجه اوّل.]

قوله: نعم:

قبض و اقباضی که بدنبال چنین انشاء تملیکی [قول غیرجامع شرائط] انجام

می پذیرد، دو نوع است:

۱ـ گاهی با بنا گذاری بر عقد و انشاء سابق، تقابض صورت می گیرد. یعنی طرفین چون عقدی خوانده اند، خود را ملزم به وفاء به آن دانسته و به عنوان بنا گذاری بر آن، اقباض و قبض را انجام می دهند. [محلّ بحث ما همین فرض است.]

۲ـ و گاهی قبض و اقباض به انشاء تملیک جدید است، یعنی کاری به عقد سابق نیست، بلکه با نفس همین دادن و ستاندنِ عملی و خارجی نیّت تملیک و تملّک می کنند، که اگر چنین بود، خود این یکنَوع معاملهٔ معاطاتی است و مشمولِ احکام و قوانین معاطات است، منتها فرد خفّی است یعنی تنها عیب آن، وقوعشِ بدنبال یک انشاء لفظی است. ولی ترتّب و تأخّر و تعقّب که عیبی ندارد، ابتناء و تفرّع، عیب دارد که خوشبختانه وجود ندارد.

قوله: فالانشاء القولی:

نتیجه اینکه: بنابر وجه ثالث از وجوه مذکور، انشاء قولی ای که سابقاً انجام شده، وجودش کالعدم است. قبض و اقباضی هم که مبتنی بر آن باشد، و طرفین خود را ملزم به آن بکنند و به عنوان یک حق لازم الوفاء از طرفِ مقابل بر گردن خود بدانند، [آنگونه که در انشاء قولیِ جامع شرائط، این لزوم وفاء وجود دارد و مشمول اوفوا بالعقود و ... است.] وجودش کالعدم است، و طرف حقِ گرفتن ندارد، و اگر اخذ کرد آثار وضعی از قبیل ضمان، بر آن مترتّب می شود.

قوله: ظاهر کلام:

از فتاوای بسیاری از مشایخ معاصرین ما به پیروی از کلام شهیدثانی و محقق ثانی وجه اوّل استفاده می شود، یعنی انشاء مذکور را به معاطات ملحق کرده اند:

امّا محقق ثانی: وی در کتاب صیغ العقود[1] پس از بیان شرائط صیغه [از

(۱) مجموعهٔ رسائل محقق ثانی، ج۱، ص۱۷۸.

عربیّت و ...] فرموده: اگر بیعی بدون برخی از شروط مذکور، ایقاع و انشاء شود، و تراضی طرفینی هم محرز باشد، چنین بیعی معاطات خواهد بود. [کاملاً روشن است که ایشان انشاء تملیک به قولِ غیرجامع شرائط را با احراز تراضی، معاطات دانسته اند. و ضمناً قیدو شرطی هم نیاورده اند که: اگر قبض و اقباض بود معاطات است والاّ فلا، و این عبارت شاهدِ وجه اوّل است.]

و امّا شهید ثانی: وی در شرح لمعه[1] در رابطه با اینکه: برای اَخْرَسْ اشارهٔ گویا، کافی است، ولی برای قادر و توانای بر نطق و تکلّم، اشاره کافی نیست، فرموده: اگر کسی با قدرت بر تکلّم از اشاره استفاده کرد، چنین انشائی در حکم معاطات و مفید اباحهٔ تصرّف است.

البته در پایان قیدی دارد: مع الافهام الصریح، یعنی اشاره ای ارزش دارد که مفهِم مراد باشد آنهم به نحو صریح و قاطع و یقیناً مراد را برِساند و از ما فی الضمیر مشیر خبر دهد. [حال این قید، در واقع مناط الحاق اشاره به معاطات است و همین مناط به نحو اقوی و آکد در لفظ و صیغهٔ غَیرجامع شرائط، وجود دارد. پس به طریق اولی قول مذکور، مفید معاطات است. باز تقیید دیگری ندارد که بدنبال اشاره یا قول مذکور، قبضی هم صورت بپذیرد یا خیر.]

قوله: وظاهر تصریح:

از فتاوای جماعتی از فقهاء، منجمله محقّق اوّل ره[2] و علاّمه ره[3] در رابطه با فرعی که ذیلاً خواهد آمد، وجه ثالث یعنی قول به بطلان انشاء تملیکِ مذکور، مستفاد می باشد. و آن فرع اینست: اگر دو نفر به عقد فاسد [در واقع و نزد شارع فاسد بوده ولی طرفین بی اطلاع بودند و خیال می کردند که عقدشان صحیح و مؤثّر است.] معامله ای انجام دادند، و بدنبال آن مشتری، مثمن را از

(۱)الروضة البهیّة، ج۳، ص۲۲۵.
(۲)شرائع الاسلام، ج۲، ص۱۳.
(۳)قواعد الاحکام، ج۱، ص۱۲۳.

فروشنده گرفت. [واضح است که قبضِ مبتنی بر عقد فاسد منظور است نه قبض مبتنی بر انشاء جدید.] اوّلاً با این قبض، وی مالکِ متاع نشده است. و ثانیاً ضامن هم هست [که اگر تلف شد باید از عهدهٔ دَرَك و خسارتِ آن برآمده و مثل یا قیمت را بپردازد.]

حال این فرع چه ربطی به ما نحن فیه دارد؟ ربطش آنست که: بحث ما در انشاء قولیِ غیرجامعِ شرائط است [عندالمشهور] و عقد فاسدی که در فرع مذکور، عنوان شد، دو احتمال دارد:

۱ـ یا مراد، خصوص عقد فاسدی است که از ناحیهٔ اختلالِ پاره ای از شرائط صیغه [عربیّت، ماضویّت و ...] فاسد و باطل شده است. شاهدِ این احتمال:

فرع مذکور را بدنبال بیانِ شروط صیغه و پیش از بیانِ شروط عوضین و متعاقدین آورده اند، این قرینه می شود که مراد از فساد عقد، فساد از ناحیهٔ کمبودی باشد که از جانبِ برخی از شروط صیغه، پیدا کرده است.

۲ـ و یا مراد، مطلق عقد فاسد است، چه فساد آن از ناحیهٔ شروط صیغه باشد و چه از ناحیهٔ شروط عوضین یا متعاقدین، در همهٔ اینها عقد فاسد موجبِ ضمان است.

شاهد این احتمال: اطلاقِ کلمهٔ العقد الفاسد در فرع مذکور است.

کیف کان: یعنی هر کدام که مراد باشد، صورت اوّل یعنی فساد از ناحیهٔ اختلال شروط صیغه که مورد بحث ما است. داخل در مراد است [استقلالاً یا ضمناً] پس اگر بدنبال انشاء قولیِ فاقدِ برخی شروط صیغه، قبضی صورت گرفت، ضمانت آور است.

قوله: ولایخفی:

گویا کسی می گوید: این چه ربطی به جریان معاطات دارد؟ شیخ اعظم ره می فرماید: فتوای به ضمان با جریان حکم معاطات، منافی است. زیرا اگر انشاء

مذکور، در حکم معاطات بود که ضمان آور نبود [در معاطات با تلف و تصرف، اصل معاطات لازم می شود، نه اینکه آخذ ضامن شود.] پس ضمان مستلزم عدم الحاق به معاطات است. و ضمناً قیدی هم ندارد که قبض و اقباض باشد یا نه، بلکه حتی اگر قبض هم باشد [با بنا گذاری مذکور] باز هم معاطات را تصحیح نمی کند، و انشاء مذکور را به آن ملحق نمی سازد.

قوله: وربّما يجمع:

میان دو وجه مذکور تنافی و تناقضی مشاهده می شود، زیرا که بنابر فتوای شهید ثانی و محقق ثانی، انشاء تملیکِ مذکور، به معاطات ملحق می شود و لازمه اش عدم ضمان است [چون معاطات، موجب ضمان به مثل یا قیمت نیست.] و بنابر فتوای علاّمه و محقّق، انشاء مذکور، اگر بدنبالش قبضی صورت بگیرد موجب ضمان است و ملحق به معاطات نمی شود. پس هم ضمان می آید و هم نمی آید. چه کنیم؟ فکیف التوفیق؟

مرحوم صاحب مفتاح الکرامه(۱) این راه را پیشنهاد کرده:

موضوع مسئلهٔ ضمان در کلام محقق و علاّمه و مفروض بحث آنها، با مفروض شهید و محقّق ثانی، متفاوت است و لذا تناقضی نیست. بیان ذلک:

موضوعِ حکم به ضمان در فرع مذکور [مقبوض به عقد فاسد] فرضِ علم به عدم رضایت است، یعنی مالک اصلی راضی به این قبض و تصرّف نبوده، و واضح است که تصرّف در ملکِ غیر بدون رضایِ مالک، غصب و غیرمشروع و موجب ضمان است.

بیان ذلک: اسباب و موجباتِ حلیّت مال غیر و جواز تصرّف در مال غیر، از دیدگاه شریعت، معلوم است، از قبیل: بیع، تجارت همراه با تراضیِ طرفین، هبه، اباحه، وقف و ... .

---

(۱) مفتاح الكرامة، ج۴، ص۱۶۸.

حال در ما نحن فیه اسبابی از قبیل هبه و اباحه و ... که مطرح نیست. آنچه هست همان بیع و تجارت با تراضی است، و چون طرفینِ معامله و تجارت، به عقیدهٔ خودشان، انشاء تملیک مذکور را صحیح و لازم الوفاء می دانستند این قبض و اقباض را انجام دادند و راضی به تصرّف دیگری شدند، پس رضایت، یک رضایت خاصّی است که از اعتقاد به صحّتِ معامله سرچشمه می گیرد، وگرنه رضایت و طیب نفس دیگری مطرح نیست [نَه هبه و نه اباحهٔ محضه و ...].

و اگر از خود طرفین هم بپرسید: شما بدون این معامله و معاوضه و تجارت هم راضی به تصرّف دیگری در مالتان هستید؟ خواهند گفت: خیر، راضی نیستیم، حال پس از فساد و بطلان عقد، آن رضایت خاص هم منتفی می شود، و علی الفرض رضایت دیگری هم که نیست، پس تصرّف مشتری در متاع، تصرّفِ بدون مجوّز شرعی خواهد بود و چون در جهل مرکّب بوده، عقاب ندارد، ولی ضمان دارد و باید از عهده برآید. پس فرض کلام محقق و علاّمه، در مورد علم به عدم تراضی است.

قوله: فان تراضیا:

در حقیقت از اینجا به بعد، توجیه فتوای محقق ثانی و شهید ثانی است و آن اینکه: آندو بزرگوار که انشاء مذکور را معاطات دانسته و بالملازمه نفی ضمان کردند، فرض کلامشان صورت علم به رضایت است یعنی جائی که مشتری می داند که بایع، راضی به تصرّف در مال او است. در اینجا اگر تصرف کرد ضامن نیست، و این علم به رضایت دو شعبه دارد، و به دو صورت متصوّر است:

۱ـ پس از علم به فساد انشاء قولیِ مذکور، یک تراضی جدیدی محقّق شود و قبض و اقباض براساس انشاء تملیک جَدید و به آن نیّت انجام گیرد. چنین فرضی بلااشکال صحیح است و قبلاً هم گفتیم: بدنبال عقد فاسد بودن، قادح نیست.

۲ـ از اوّل امر و آغاز انشاء قولی یقین داشته باشیم که طرفین راضی به تصرّف در مال یکدیگر هستند مطلقاً یعنی چه معامله و انشاء تملیک صحیح و مؤثر باشد و چه فاسد و بی اثر یعنی باز رضای آندو مقیّد به فرض صحت معامله و اعتقاد به آن نیست. بلکه مطلق است در این فرض هم چون رضای مالک محرز است، تصرّف مع الاذن بوده و سبب ضمان نخواهد بود.

پس حلّ تنافی به این شد که: کلام علاّمه و محقّق اوّل، در فرض علم به عدم رضایت بود، و کلام محقق ثانی و شهید ثانی، در فرض علم به رضایت بود. فلامنافاة.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ وجه الجمع مذکور را نپسندیده و اشکالاتی به آن دارند که در مجموع سه اشکال است:

اشکال اوّل: مقدّمه: فرض اینست که در ما نحن فیه [انشاء تملیک به قولی که جامع شرائط نیست و برخی از شروط معتبر را فاقد است.] یک انشاء تملیک بیشتر نیست که همان انشاء قولیِ غیرجامع باشد، و انشاء دیگری در میان نیست.

با حفظ این مقدّمه، کلام جامع [صاحب مفتاح الکرامة] در قسمت دوّم که از فان تراضیا ... شروع می شد، دو راه داشت.

مرحوم شیخ از هر دو قسمت جواب می دهند: امّا از قسمت دوّم که فرمود: کما اذا علم الرضا ... جواب اینست که:

با فرض مذکور در مقدّمه، و با فرض اینکه عقد فاسد شده است دیگر وجهی برای علم به رضایت و اذن مالک نیست، زیرا که اذن مذکور از اصل مقیّد بوده نه مطلق، یعنی رضای با انشاء تملیک بوده نه مطلقاً، و مقیّد وقتی قیدش رفت، آن هم می رود. و احیاناً اگر پس از فساد عقد هم اذنی و رضائی در ضمن قبض و اقباض باشد، اذن جدید و انشاء تملیک جدید و معاطات جدید است و از محلّ

بحث ما خارج است زیرا در این صورت معاطات با همین تراضی و تقابض جدید حاصل می شود، نه با عقد فاقد برخی از شروط .

در حالی که ظاهر کلام شهید ثانی و محقق ثانی این بود که معاطات و معاوضه با خود اشاره یا صیغه حاصل شود نه با تقابض بعدی .

مرحوم شهیدی این قسمت را دو اشکال گرفته : یکی از ومن المعلوم تا مع انّک ، و دوّمی از مع انّک تا ومنه یعلم .

ولی با بیانی که شد ، مجموعاً یک اشکال است نه دو اشکال .]

قوله : ومنه یعلم :

اشکال به قسمت اوّل است که فرمود : فان تراضیا ... یعنی تراضی جدیدی در بین باشد ... مرحوم شیخ می فرماید : این نیز از محلّ بحث خارج است ، و فرض آنجائی است که : انشاء تملیک توسط خود عقد غیرجامع باشد نه بواسطهٔ تراضیِ جدید و بعد از عقدی که ربطی به صحّت عقد سابق نداشته باشد .

قوله : ثمّ انّ :

اشکال دوّم : مقدّمه : از لحاظ علم به صحّت و فسادِ عقد ، سه صورت متصور است :

۱ـ طرفین بدانند که عقد صحیح و جامع شرائط است .

۲ـ طرفین بدانند که عقدشان فاسد و فاقد شرط است .

۳ـ صورت عدم العلم و جهل که ندانند و از فساد عقد بی خبر باشند که خود دو شعبه دارد :

۱ـ صورت جهل بسیط که می دانند که نمی دانند و در یک کلام : بالفعل شک دارند .

۲ـ صورت جهل مرکّب یعنی نمی دانند که نمی دانند و خیال می کنند عقدشان صحیح است .

با حفظ این مقدّمه: شما فرمودید: فان تراضیا بالعوضین بعدالعلم بالفساد ... و تراضیِ جدید را به صورت علم به فساد منحصر کردید پس صور بعدی را شامل نیست، در حالی که کلمات فقهاء از این حیث اطلاق دارد، یعنی بطور کلی فرموده اند: عقد فاقد بعض شروط در حکم معاطات است و تفصیل نداده اند و خصوص صورت علم را نگفته اند، و اطلاق کلامشان صور دیگر را هم شامل است.

قوله: یرد علیه:

اشکال سوّم: این تراضی جدیدی که پس از علم به فساد، شما درست کردید، از شما می پرسیم: این چه نوع از تراضی است؟ آیا تراضی نه بر وجه معاوضه و معاطات است. یعنی بعد از علم به فساد عقد هم طرفین راضی به تصرّف در مال یکدیگر هستند آنهم مجاناً نه معاوضی، مثلاً زید راضی است که بکر در کتاب او تصرّف کند و کاری ندارد که بکر راضی باشد یا نه، یعنی رضای زید به ازاء رضای بکر نیست، و بالعکس. اگر تراضی جدید از این مقوله باشد، خواهیم گفت: اینکه اصلاً معاطات نیست و موضوعاً خارج است. پس جا ندارد که شما کلام محقّق و شهید ثانی را بر این فرض حمل کنید.

سئوال: اگر معاطات نیست پس چیست؟

جواب: یکَ اباحهٔ تصرّف مجانّی است از دو طرف [مثل اینکه دو نفر دوست و هم حجره هر کدام راضی هستند که دیگری در مال او تصرّف کند.]

سئوال: قانون اباحهٔ مجانی چیست؟

جواب: مقدّمه: از حیث علم به رضا و عدم العلم سه صورت متصور است:

۱ـ شما یقین دارید که رفیقتان راضی به تصرف در مالش می باشد.

۲ـ یقین به عدم رضایت دارید.

۳ـ شک و عدم العلم است.

حال قانون اباحهٔ مجانّی آنست که مادامی که رضای مالک محرز است حق تصرّف دارید و همین که رضای او محرز نبود چه علم به عدم باشد و چه عدم العلم، حق تصرّف ندارید، همانند اذنی که از قرینهٔ حالیه بدست می آید [اذن فحوائی وضمنی] که تا محرز بود حق دارید والاّ فلا.

[ان قلت: از استصحاب بقاء رضایت استفاده می کنیم و می گوئیم قبلاً راضی بود انشاء اللّه الآن هم راضی است ...

قلت: حرمة التصرّف فی مال الغیر بدون اذنه ورضاه حکمٌ انحلالیٌ بحسب الافراد العرضیة والطولیة، وعلیه فکل فرد من تلک الافراد محکومةٌ بحرمة التصرف مالم یحرز فیه اذن المالک. ومن الواضح انّ اسراء حکمٍ من موضوعٍ الی موضوعٍ آخر غیر داخل فی الاستصحاب. بل هو داخل فی القیاس. (۱)]

و وقتی اباحهٔ مجانّی شد، آثار و احکام معاطات را نخواهد داشت.

سئوال: آثار معاطات چیست؟

جواب: یکی از آثار این بود که با تلف یکی از دو عین یا هر دو، معاطات لازم می شد و قابل فسخ نبود، ولی اباحهٔ مجّانی چنین نیست، یکی دیگر از احکام معاطات اینست که: طرفین حق دارند در مالی که از دیگری گرفته اند، تصرّف کنند، تا مادامی که علم به عدم رضایت و علم به رجوع پیدا شود، پس عدم العلم و شک در رجوع مانع نیست. برخلاف اباحهٔ مجّانیه ... .

قوله: وان کان:

و اگر تراضی بعد العقد، تراضیِ علی وجه المعاطات باشد [از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا اینست که مبتنی بر عقد سابق نیست و به نفس تقابض انشاء تملیک

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۲، ص۲۲۴ـ۲۲۵.

می کنند که وضعش روشن شد و کراراً گفتیم از بحث اجنبی است. و معاوضهٔ مستقلّی است.

ب: و یا تراضی بر تصرّف مبتنی بر عقد سابق است. یعنی بعد از علم به فساد هم باز همان تراضی از قبل را دارند، خواهیم گفت:] این دیگر تراضی جدید نخواهد بود بلکه همان تراضی سابق است که با انشاء تملیک حاصل شده و هر کدام راضی شدند به اینکه دیگری مالک مال او باشد. بنابر اینکه مقصود متعاطیین تملیک باشد و هو المشهور، و یا راضی به اباحه شدند بنابر اینکه مقصودشان مجرّد اباحه باشد.] و متعلّق تراضی واحد است ولو زماناً در دو زمان باشد یکی حین العقد است و دیگری بعد العقد است. فکیف قلتم: این تراضی جدید است؟

خصوصاً برمبنای محقّق ثانی که معاطات را مفید ملک می دانست. [وجه الخصوصیة: اذ حینئذٍ یکون معنی التراضی علی وجه المعاطات هو التراضی علی وجه التملیک والتملک وهو عین التراضی السابق علی هذا التراضی الجدید.]

قوله: فلایجوز:

متفرع بر خصوصاً می گوئیم: محقق ثانی که در صیغ العقود فرمود: صیغهٔ فاقد شرط همراه با تراضی طرفین داخل در معاطات است. نمی توان گفت: مراد ایشان تراضی جدید حاصل بعد العقد است که تراضی لاعلی وجه المعاوضه است. بلکه همان تراضی سابق است. پس وجه الجمع مفتاح الکرامه قابل قبول نیست.

قوله: وتفصیل الکلام:

این قسمت مربوط به کلّ مسئله از اوّل تا به آخر است و حلّ اینکه آیا انشاء تملیک با قول غیرجامع در حکم معاطات است یا خیر؟ و رأی مرحوم شیخ است، و آن اینکه: دو نفر که با عقد فاقد بعض شروط با یکدیگر معامله می کنند از چهار حال خارج نیست:

۱ـ بدنبال عقد فاسد تقابضِ قهری و جبری محقّق شود. یعنی طرفین هیچکدام راضی به قبض و اقباض نیستند ولی شخص ثالث یا یکی از دو طرف آنها را به این امر مجبور و مکرَه می سازد.

حکم این فرض روشن است و آن اینکه: علی الفرض عقد که فاسد درآمده، بدون آن هم که رضایتی به تقابض نیست، پس اخذ و تصرّف در مالین برای طرفین حرام است چون غصب [تصرّف در ملک غیربدون رضایت مالک] است.

۲ـ بدنبال عقد مذکور، تقابض بر وجه تراضی حاصل شده و طرفین راضی به قبض و اقباض هستند [اکراهی در کار نیست] ولی تراضی آندو از بناگذاری برملکیّت حاصل می شود، یعنی چون طرف را مالک می داند لذا به او می دهد و راضی به تصرّف است، والاّ اگر مالک نمی دانست راضی هم نمی شد.

[حال این بناگذاری از روی اعتقاد باشد که واقعاً معتقد به مالکیّت طرف مقابل است و یا از روی تشریع باشد یعنی با اینکه شرعاً طرف مالک نیست، طرف مقابل او را مالک بداند.]

حکم این صورت هم مثل صورت اوّل است. یعنی طرفین حق ندارند [با علم به فساد عقد] اخذ کنند و تصرّف آنها هم حرام است. سرّ مطلب آنست که: شخص که راضی به تصرف قابض می شود، رضایتش مطلقه نیست بلکه چون طرف را مالک می داند لذا راضی است و در حقیقت «القابض المالک یجوز اخذه» و حیثیّت مالکیّت حیثیت تقییدّیه است و قبض مقیّد به آنست و واضح است که وقتی قید نبود مقید هم نیست. پس وقتی ملکیّت نبود رضایت به تصرّف هم نیست. و هر جا حیثیّت تقییدیه ای باشد مطلب همین است که با نبود قید مقید نابود است ... .

۳ـ قوله: کما انّه:

صورت سوّم اینست که: بدنبال عقد فاسد، طرفین از آن عقد اعراض کرده

و به قصد انشاء جدید اخذ و اعطاء می کنند، این قسم هم قطعاً صحیح است چون یک معاطات مستقلّی است و تنها عیب آن اینست که: بدنبال عقد فاسد است ولی وقوع عقیبِ العقد که قادح نیست. خود اعطاء و اخذ جامع شرائط است و معاطات جدیدی است.

٤ـ قوله: واَمّا ان:

اگر بدنبال عقد فاسد، قبض و اقباض حاصل شود و طرفین هم راضی به تصرف باشند ولی این تراضی مبتنی بر آن عقد نباشد [آنگونه که مسبَّب بر سبب، اثر بر مؤثر، لازم بر ملزوم، معلول بر علّت مبتنی است و نیز مبتنی بر انشاء تملیک جدید و بعد العقد هم نیست [که در صور قبلی بود.] بلکه رضایت به تصرّف اطلاق دارد و تنها مقارنِ اتّفاقی عقد فاسد است، یعنی همزمان با عقد آمده و طرف چون خیال می کرد عقدش صحیح است با همان راضی شده ولی چنان نیست که اگر عقد فاسد بود راضی نباشد بلکه هدف اصلی تراضی طرفین به تصرّف است و انشاء عقد وسیله ای بیش نیست و بدون آنهم راضی هستند.

سئوال از کجا می فهمیم که با فساد عقد هم راضی اند؟

جواب: کاشف از رضایت آندو، سئوال است یعنی اگر از آنها بپرسیم که بر فرض عقد شما فاسد هم درآید باز راضی هستید؟ می گویند: آری.

حال حکم این صورت چهارم آنست که: دخول چنین انشاء تملیکی و اعطاء و اخذی و تراضی طرفینی در معاطات در گرو دو امر است:

۱ـ مقدّمه: رضایت از جهتی سه شعبه دارد:

الف: رضای فعلی: بالفعل شخص راضی به تصرّف است و به این رضایت التفات تفصیلی هم دارد.

ب: رضای ارتکازی: در ارتکازش و عمق جانش راضی است ولی التفات به آن ندارد و غافل است و به مجرّد التفات، بلافاصله راضی است.

ج: رضای شأنی: بالفعل راضی نیست ولی بالقوّه راضی است.

حال در مانحن فیه: رضای فعلی به مقتضای عقد فاسد است و چون خیال می کرده عقد صحیح است براساس آن راضی شده ولی عقد فاسد بوده و این قسم از رضا ارزش ندارد.

پس باید بگوئیم: رضای فعلی لازم نیست، رضایت ارتکازی هم که اگر تنبیه کنیم و از او بپرسیم ... راضی می شود، کافی است. و بلکه رضای ارتکازی هم نیست یک رضای شأنی است که وقتی آگاه شد با اندك تأمّلی راضی می شود.

حال بگوئیم: رضای شأنی هم کفایت می کند. چنانکه برخی از فقهاء قریب العصر ما [مرحوم شیخ اسدالله تستری صاحب مقابیس[1]] به این مطلب تصریح کرده است. و شاید مراد کلام متقدّم [کلام مفتاح الکرامه در جمع بین قولین] هم همین باشد، که گفت: فان تراضیا ... یعنی تراضی شأنی ... .

دلیل کفایت تراضیِ شأنی: شاید دلیل آن صدق طیب نفس بر رضای ارتکازی و شأنی باشد، بیانِ ذلک: حدیث می گوید: لایحلّ مال امرءٍ مسلم الاّ بطیب نفسه، وطیب نفس در مانحن فیه وجود دارد، چون طیب نفس یعنی قلباً دغدغه ای نداشته باشد، و اینجا چنین است، زیرا اگر از او بپرسی که راضی هستی یا نه، می گوید: آری، پس طیب نفس هست و همین مقدار کافی است.

ب: **بگوئیم:** در باب معاطات انشاء تملیک فعلی به نحو تعاطیِ طرفینی لازم نیست، و نیز اعطاء یکطرفه هم لازم نیست، بلکه مطلق ایصال و وصول همراه با تراضی به تصرّف کافی باشد. ولی در کفایت این امر اشکال داریم و دو وجه در کار است.

۱ـ من انّ:

دلیل عدم کفایت: محلّ نزاع بین عامه و خاصه عقد فعلی است و عقد بدون

---

(۱) مقابیس الانوار، ص ۱۳۸.

انشاء تملیک معقول نیست. پس مجرّد وصول کافی نیست.

شواهد اینکه محلّ نزاع در عقد فعلی است:

علاّمه فرموده: مجرّد معاطات در بیع کافی نیست، باین دلیل که افعال از افادهٔ مقاصد قاصر هستند [مراد از مقاصد همان انشاء تملیک است.][1]

محقق ثانی فرموده: معاطات مفید لزوم نیست، باین دلیل که افعال مثل اقوال نیستند در اینکه صریح الدلالة بر مقصود باشند [و مقصود همان تملیک است.][2]

شهید در قواعد فرموده: فعل قائم مقام قول نیست [از حیث دلالت بر مقصود که همان انشاء تملیک باشد.] و صرفاً مفید اباحه است.[3] و سایر کلمات فقهاء که ظهور در تقابض و قبض و اقباض دارد نه مجرّد ایصال و وصول.

همچنین بعض العامّه گفته اند: بیع با ایجاب و قبول و با تعاطی منعقد می شود و در بیع انشاء تملیک مطرح است.

۲ـ قوله: و من انّ:

دلیل کفایت: معاطات و تعاطی موضوعیتی ندارد بلکه صرفاً طریقی است برای احراز رضایت طرفین که علی الفرض محرز است پس کافی است. و عمده دلیل مشروعیت معاطات سیره بود [قبلاً ذکر شد.] و سیره در ما نحن فیه موجود است زیرا بناء مردم بر اینست که آب و سبزی و نان و ... را از جزئیات از مغازه ها خریداری می کنند و فلوس و پول را در محلّ مناسب [دخل مغازه دار] می گذارند، وارد حمام شده استحمام می کنند و بیرون آمده پول را در کوزهٔ حمامی می گذارند و ... پس معیار ایصال و وصول مع التراضی است و اخذ و اعطاء لازم نیست.

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.
(۲) جامع المقاصد، ج۴، ص۵۸.
(۳) القواعد والفوائد، ج۱، ص۱۷۸، قاعدهٔ/۴۷.

مرحوم شیخ می فرماید: بنابر اباحه [قول مشهور] ایصال و وصول کافی است ولی بنابر ملکیت، معاطات، فردی از بیع است و بدون انشاء تملیک نشاید، پس مجرّد ایصال و وصول کافی نیست. پس به نظر شیخ اعظم انشاء تملیک با قول غیرجامع شرائط ملحق به معاطات نیست. و معاطات مصطلح مجرّد انشاء تملیک صد درصد فعلی است.

«پایان مبحث معاطات»

قوله: (مقدّمةٌ)

در آغاز کتاب البیع در رابطه با تعریف بیع و بیان معنای لغوی و اصطلاحیِ آن، مقداری بحث شد و در حدود هشت معنا ذکر شد. سپس وارد مبحث معاطات شدند و از ابعاد مختلف در موردِ آن گفتگو کردند، بحث دقیقِ معاطات تا اینجا به پایان رسید. حال برمی گردیم به مباحث بیع: [منظور از بیع همان بیع مصطلح است یعنی بیعِ صحیحِ لازم، که بیع بالصیغه یا قولی باشد، در قبال معاطات که بیع فعلی بود و نزد مشهور اصلاً بیع نبود و نزد مرحوم شیخ هم بیع صحیح بود ولی مفید لزوم نبود.]

در ارتباط با بیع سه بحث مهمّ مطرح است:

۱ـ شرائط و ویژگیهای صیغه و عقد البیع یا ایجاب و قبول.

۲ـ شرائط و صفاتِ متعاقدین یا موجب و قابل یا بایع و مشتری.

۳ـ شرائط و خصوصیات عوضین یا ثمن و مثمن.

در ارتباط با مبحث اوّل ابتدا مقدّمه ای و سپس بیان الفاظ ایجاب و قبول در بیع، و بالاخرة بیان شروط صیغه در قالب چند مسئله مطرح است.

(امّا المقدّمه)

در این مقدّمه نخست مطلبی را عنوان می کنند که در حقیقت مقدّمهٔ مقدّمه

است، و سپس مطلب اصلیِ مقدّمه را که در رابطه با خصوصیّات الفاظِ عقد البیع [از لحاظ مادّه و هیئت] می باشد.

امّا مقدّمةُ المقدّمة: بطور کلّی انشاء تملیک معاوضی و معاملی و مقابلی در یک تقسیم به چهار نوع منقسم می شود:

۱ـ انشاء تملیک فعلی: این همان معاطات مصطلح است که تا به حال در رابطهٔ با او بحث می کردیم و مبسوطاً احکام آن گفته آمد.

۲ـ انشاء تملیک قولی یا بالصیغه: این همان بیع مصطلح است که از حالا به بعد هدف اصلی بیان احکام و ویژگیهای آن است. و در اینجا اشاره ای دارند به اینکه: به دلائل مختلف در بیع [یعنی بیع صحیحِ لازم] قول و لفظ و صیغه معتبر است. و بلکه در کلیّهٔ عقود [از صلح و اجاره و نکاح و ...] لفظ معتبر است:

الف: دلیل اوّل: اجماعات منقول است. [از قبیل اجماع منقول از سیّد بن زهرة در غُنیه، ابن ادریس حلّی در سرائر و ... که در اوائل باب معاطات بیان شد.]

ب: دلیل دوّم: شهرت عظیمهٔ محقّقه: یعنی خود نیز در مسئله تحصیلِ شهرت کرده ایم آنهم شهرت عظیمه. [که تا زمان محقّق ثانی رأی مشهور بلکه جمهور همین بود که بیع و انشاء تملیک نیازمند به قول و صیغه است.] [و در رسائل خواندیم که به عقیدهٔ شیخ اعظم: اجماع منقول به ضمیمهٔ شهرت محصَّله ارزشمند است.]

ج: دلیل سوّم: در پاره ای از نصوص متفرّقه نیز به اعتبار و اشتراط لفظ در عقود و در خصوص بیع، اشاره شده است. [از قبیل: انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام، که قبل از تنبیهات معاطات آوردیم. و اخبار بیع مصحف که در خاتمهٔ مکاسب محرّمه آوردیم، و اَخبار بیع عبد آبق که بعداً خواهد آمد.]

۳ـ قوله: لکن هذا:

انشاء تملیک با اشاره: آیا با اشارهٔ سر و چشم و ابرو و دست با نیّت تملیک، انشاء تملیک محقّق می شود؟ و اشاره کافی است؟ و قائم مقام قول می شود یا خیر؟

مرحوم شیخ برای اشاره سه فرض درست می کنند:

فرض اوّل: برای کسی که متمکّن از نطق و تکلّم می باشد، حتماً انشاء قولی لازم است و اشاره کافی نیست.

فرض دوّم: برای کسانی که عاجز از نطق و تکلّم هستند، همانند اخرس [گنگ و لال] و ضمناً قدرت بر توکیل هم ندارند، یعنی امکان اینهم که فردی را وکیل کنند تا او به نیابت و وکالت، انشاء عقد کند، وجود ندارد. [تصویر عجز از توکیل گرچه خیلی نادر و کم است. ولی به هر حال ممکن است دو نفر اخرس معامله کنند، و فرد ثالثی نباشد یا اگر هست او نیز اخرس است. و یا فرد ثالثی هست ولی برای وکالت مبلغی می طلبد و طرف قادر به پرداخت آن نیست، یا اصلاً قبولِ وکالت نمی کند و ...] در این فرض بالاجماع و بالاتّفاق لفظ معتبر نبوده و اشاره هم کفایت می کند و قائم مقام لفظ می شود.

فرض سوّم: برای کسانی که خود اخرسند و قادر بر تکلّم نیستند، ولی قدرت بر توکیل دارند و می توانند فرد سالمی را وکیل بگیرند و او از طرف اخرس انشاء بیع کند. در این فرض هم می فرمایند: نیازی به توکیل نیست و اشاره کفایت می کند. دلیل کفایت اشاره و عدم لزوم توکیل:

بعضی از فقهاء فرموده اند: از اصل عدم وجوب استفاده می کنیم، یعنی شک در وجوب توکیل در فرض مذکور داریم، و عندالشک در وجوب از اصالة العدم استفاده می شود.

مرحوم شیخ این استدلال را قبول ندارند و می فرمایند: اگر بنا باشد به اصل

رجوع کنیم باید بگوئیم: الاصل الوجوب.

بیان ذلک: وجوب تکلیفی داریم و وجوب وضعی، وجوب تکلیفی یعنی حکمی که مخالفت آن سببِ استحقاق عقوبت است. و وجوب وضعی یعنی شرط صحّت بودن، که عقابَ مطرح نیست. بلکه اگر این امرِ واجب باشد شرط صحت آمده و عمل صحیح است والاّ فاسد است. حال در عبادات سخن از وجوب تکلیفی است، ولی در معاملات سخن از وجوب وضعی و شرط صحت است. مثلاً وقتی می گوئیم: یجب فی البیع العربیّة و... ای یشترط فی صحة البیع ... و وجوب توکیل که مورد بحث ما است بر فرض ثبوتش یک وجوب وضعی و شرط صحت بیع است. و در چنین موردی اصل اوّلی بر وجوب و لزوم و مراعات است. وگرنه معامله فاسد خواهد بود.

بیان ذلک: بحثی است میان فقهاء که آیا اصل اوّلی در عقود و ایقاعات، مقتضی صحت است؟ یا خواهان فساد؟ مشهور و منجمله شیخ اعظم«ره» برآنند که: الاصل الفساد. [والوجه فی ذلک: انّ نتائج العقود والایقاعات من الملکیة والزوجیّة والعتاق والفراق امور حادثة، ومسبوقة بالعدم، کما انّ نفس العقود والایقاعات کذلک، فاذا شککنا فی تحقّقها فی الخارج من ناحیة بعض مایعتبر فیها من الشروط کان الاصل عدمه وحینئذ فیحکم بفسادها.[1]]

با این محاسبات اگر به اصل متوسّل شویم، باید حکم به لزوم توکیل نمائیم وگرنه معامله فاسد بوده و موجب عدم ترتّب اثر و نقل و انتقال می گردد. و مراد از اصالة الفساد همان اصالة عدم ترتب الاثر و بقاء الملک است.

قوله: بل لفحوی:

خود مرحوم شیخ به دو بیانِ دیگر عدم لزوم توکیل، و کفایت اشاره را ثابت می کنند:

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۷.

بیان اوّل: فحوا و مفهومِ اولویّتِ اخبار باب طلاق:

در باب طلاق روایاتی به این عنوان داریم که در طلاق اخرس اشاره کافی است و لفظ اعتباری ندارد. [از قبیل روایت ابی نصر بزنطی قال: سئلتُ ابا الحسن علیه السلام عن الرجل تکون عنده المرأة، ثم یصمت فلایتکلم، قال: یکون اخرس؟ قلت: نعم فیعلم منه بغض لامرأته وکراهته لها، ایجوز ان یطلق عنه ولیه؟ قال: لا، ولکن یکتب ویشهد علی ذلک.

قلت: لایکتب ولایسمع کیف یطلقّها؟

فقال: بالذی یعرف منه من فعاله مثل ما ذکرت من کراهته وبغضه لها[1]

وعن یونس فی رجلٍ اخرس کتب فی الارض بطلاق امرأته؟

قال: اذا فعل ذلک فی قبل الطهر بشهود، وفهم عنه کما یفهم من مثله، ویرید الطلاق، جاز طلاقه علی السنّة[2]

وعن السکونی عن الصادق علیه السلام، قال: طلاق الاخرس ان یأخذ مقنعتها فیضعها علی رأسها ویعتزلها[3] و ...].

و این روایات هم اطلاق دارند، یعنی فرض عجز از توکیل و قدرت بر توکیل هر دو را شامل می شوند. حال وقتی در باب طلاق اشارةُ الاخرس مطلقاً کافی بود، پس در باب بیع، اشارهٔ اخرس بطریق اولی کفایت می کند. [وجه الاولویّة: انّ الطلاق یعتبر فی انشائه الصیغة الخاصّة فلایکفی فیه مطلق اللفظ فضلاً عن غیر اللفظ ومعذلک ورد انّ طلاق الاخرس یکون بالاشارة، فاذا جاز الانشاء بالاشاره فی الطلاق جاز فی غیره قطعاً[4]].

---

(۱)وسائل الشیعه، ج۱۵، ص۲۹۹، حدیث اوّل باب۱۹ از ابواب مقدمات و شرائط طلاق.

(۲)وسائل الشیعه، ج۱۵، ص۳۰۰، باب۲۱، حدیث۴.

(۳)وسائل الشیعه، ج۱۵، ص۳۰۰، باب۲۱، حدیث۳.

(۴)ارشاد الطالب، ج۲، ص۱۰۵.

قوله: فانّ:

گویا کسی می گوید: ما قبول نداریم که اخبار وارده در باب طلاق به اطلاقش برگزار شود بلکه به صورتِ عجز از توکیل حمل می شود و انصراف دارد پس صورت قدرت بر توکیل را شامل نیست تا به حکم اولویّت، در ما نحن فیه استفاده کنیم.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: حمل آن اخبار بر فرض عجز از توکیل، حمل اطلاق کلام معصوم بر فرد نادر است [زیرا صورت عجز از توکیل خیلی فرض نادری است.] و با مقام معصوم تناسب ندارد، معصوم باید حکم فرد غالب و مبتلا به را، یا هم غالب و هم نادر را بیان کند نه حکم صورت نادر را. پس به اطلاقش باقی است. و مع التمکّن از توکیل هم اشارة الاخرس در باب طلاق کافی است. پس بطریق اولی در باب بیع کافی است.

قوله: مع انّ:

بیان دوّم: لاخلاف در اینکه توکیل واجب نبوده و شرط صحت نیست. پس دلیل دوّم تقریباً اجماع است.

قوله: ثمّ:

این فراز در حقیقت استدراك از لزوم اشارة للاخرس است.

بیان ذلک: اگر کسی در باب معاطات این مبنا را اختیار کرد که: معاطات مفید ملک است [مختار خود مرحوم شیخ] و اصل اوّلی هم بنابر ملک لزوم است [منتخب خود شیخ] آنگاه جواز خلاف اصل خواهد بود. و در امور خلاف اصل به قدر متیقن اکتفا می شود و قدر متیقنی که از اصل اوّلی [یعنی افادهٔ معاطات لزوم را] خارج شده و معاطات مفید جواز گردیده، فرض تمکن شخص از نطق و انشاء قولی است که با لمباشره بتواند از لفظ استفاده کند. و با این فرض اگر بیع معاطاتی انجام داد مفید جواز خواهد بود آنهم به حکم اجماع. آنگاه صورت عجز

از نطق [انسان اخرس] در تحت اصل باقی است و اگر بیع معاطاتی کرد به اصل اوّلی یعنی لزوم رجوع کرده و حکم به لزوم آن می کنیم.

با این محاسبه برای اخرس نه تنها انشاء قولی و توکیل لازم نیست بلکه اشاره هم لزومی ندارد و می تواند به معاطات بسنده کند، و معاطات برای او لزوم آور باشد.

٤ـ قوله: والظاهر ایضا:

انشاء تملیک با کتابت:

آیا با کتابت و نوشتار [روی زمین یا کاغذی صیغهٔ بیع را با نیّت انشاء تملیک بنویسد.] هم می توان انشاء بیع کرد یا خیر؟

می فرمایند: در فرض تمکّن از نطق، خیر، کتابت کافی نیست. چنانکه اشاره کافی نبود. و در فرض عجز از نطق و اشاره هر دو [البته فرض نادری است که اشاره هم برای او مقدور نباشد. [البتّه اشارهٔ مُفهم مراد.] حتماً کتابت کافی است. و دلیل آن نیز دو امر است:

امر اوّل: فحوای روایات وارده در باب طلاق [نظیر روایت ابی نصر بزنطی که قبلاً آوردیم و نیز روایت یونس.] که صریحاً بر کفایت کتابت، دلالت دارند. و در ابواب دیگر به طریق اولی کافی است. [وجه اولویّتَ هم قبلاً ذکر شد.]

امر دوّم: لاخلاف در اینکه با عجز از نطق و اشاره، کتابت قائم مقام نطق است.

و امّا با فرض قدرت بر اشاره، یعنی از نطق ناتوان است ولی بر اشاره و کتابت توانا است، در اینجا آیا بین انشاء تملیک اشاره ای و کتابتی مخیّر است؟ یا یکی از آندو رجحان دارد؟ و بر فرض رجحانَ، کدام راجح است؟ [از سخنان مرحوم آیت ا... العظمی خوئی تخییر مستفاد است.[1]]

---

(۱)مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۴.

ولی بعضی از فقهاء اشاره را ترجیح داده و بر کتابت مقدم کرده اند.[۱]

شیخ می فرماید: شاید تقدیم اشاره به این دلیل باشد که: اشاره در افادهٔ انشاء تملیک از کتابت اصرح و اوضح می باشد. [چون در کتابت احتمال اخبار وجود دارد.] ولی از بعض روایات طلاق، عکس این قول استفاده می شود یعنی تقدیم کتابت بر اشاره فهمیده می شود. [مانند روایت ابی نصر و یونس که قبلاً آوردیم.] و ابن ادریس حلّی ره در کتاب طلاق، همین رأی را اختیار کرده و فتوی داده به تقدیم کتابت[۲] پس اوّل، نطق و اگر نبود کتابت و اگر نشد اشاره کافی است و این سه در طول هم می باشند.

قوله: ثمّ الکلام:

تا اینجا مقدّمهٔ المقدّمه تمام شد. و امّا اصل مقدّمه: در ارتباط با خصوصیاتی که در لفظ بیع معتبر است، از سه ناحیه بحث می شود:

۱ـ موادّ الفاظ: اینکه در بیع یا هر عقدی از چه موادّی استفاده شود؟ مثلاً در بیع آیا از مادّه بیع، تملیک، تسلیط، شراء و ... کدام قابل استفاده است؟

به عبارت دیگر الفاظ از حیث افادهٔ معنای مقصود متفاوتند، برخی صریح و نص در مطلوبند، برخی ظهور در مقصود دارند، برخی حقیقت در مقصودند یعنی بدلالت وضعی بر انشاء تملیک دلالت دارند، برخی مجاز هستند و به کمک قرینه دلالت می کنند، برخی از الفاظ کنایه اند یعنی از ذکر لازم به ملزوم می رسیم یا ذکر ملزوم نموده و ارادهٔ لازم می کنیم.

بعضی از الفاظ مشترك معنوی اند، برخی مشترك لفظی اند، آیا در ایجاب و قبول بیع از هر کدام حقّ داریم استفاده کنیم یا خیر؟ مبسوطاً خواهد آمد. و در کنار این، بحث دیگر اینست که: این مادّه ها حتماً باید به لغت عربی باشد یا از هر

---

(۱)کاشف الغطاء در شرح قواعد که خطی است و فعلاً در اختیار ما نیست.

(۲)السرائر، ج۲، ص۶۷۸.

لغت و زبانی حق استفاده داریم.

۲ـ هیئت هر یک از ایجاب و قبول جدا جدا: اینکه باید ایجاب به صورت جمله فعلیّه باشد یا اسمیّه هم کافی است؟ و هکذا در قبول، و بر فرض لزوم جملهٔ فعلیّه آیا بصورت فعل ماضی [بعتُ واشتریتُ] باید باشد یا بصورت فعل مضارع هم کافی است؟ و ...

۳ـ از لحاظ هیئت ترکیبیّهٔ مجموعهٔ ایجاب و قبول یا عقد: اینکه آیا بین ایجاب و قبول ترتیب لازم است یعنی حتماً باید اوّل ایجاب باشد سپس قبول؟ یا استیجاب و ایجاب هم کافی است؟ و نیز آیا موالات و پی در پی بودنِ ایجاب و قبول شرط است؟ یا مع الفصل هم عقد مؤثر است؟ [مثلاً امروز بایع ایجاب را بگوید و فردا مشتری و قابل قبول کند.] اینها مطالبی است که در مقدّمه بررسی می شود.

قوله: امّا الکلام:

پس از تبیین اجمالیِ محورهای اصلیِ بحث [چهار محور شد.] به تفصیل راجع به هر یک بحث می کنیم:

امّا از لحاظ مادّه: آیا در عقود و ایقاعات حتماً باید از موادّ و مبادیی که صریح در مطلوبند استفاده شود؟ یا استفاده از کنایات هم روا است؟ آیا حتماً باید از ظهورات استفاده شود؟ یا از مجملات هم جایز است؟ آیا حتماً باید از حقائق استفاده شود؟ یا از مجازات هم مشروع است؟ به مشهور فقهاء نسبت داده شده که: عقد با الفاظ کنائی منعقد نمی شود. و شاهد این نسبت سه کلامی است که ذیلاً می آوریم:

الف: علاّمه ره در تذکره در باب شروط صیغه فرموده:

شرط چهارم از شروط صیغه، تصریح [ای الاتیان باللفظ الصریح فی الدلالة علی البیع] است. [مثلاً از واژهٔ بعتُ استفاده شود.] بنابراین با الفاظ کنائی [ذکرِ

لازم و ارادهٔ ملزوم] بیع واقع نمی شود [قوله: مع النیّة: یعنی گاهی کنایه را که می آورد نیّت بیع ندارد، در این فرض پرواضح است که بیع واقع نمی شود. چون العقود تابعةٌ للقصود. و گاهی همراه با نیّت بیع است. در این فرض هم کافی نیست.] سپس چند مثال آورده:

۱ـ اگر در مقام انشاء بیع بگوید: ادخلت الشیئ الفلانی فی ملکک بکذا.

۲ـ یا بگوید: جعلتُ الشیئ الفلانی لک بکذا.

۳ـ یا بگوید: خذ هذا الشیئ منّی بکذا.

۴ـ یا بگوید: سلطتک علی الشیئ الفلانی بکذا.

در تمام اینها ادخال در ملک یا جعل یا طلب اخذ یا تسلیط، لازم البیع است، و بیع موجبِ این امور است و ذکر لازم و ارادهٔ ملزوم شده است. سپس دو دلیل آورده بر عدم وقوع عقد به این الفاظ:

۱ـ اصالة بقاء الملک: یعنی قبل از انشاء تملیک با الفاظ مذکور، مبیع در ملکِ مالک اصلی و موجب بود، پس از این انشائها شک در بقاء پیدا می کنیم از استِصحاب بقاء ملک استفاده می کنیم. [این همان اصالة الفساد ای عدم ترتّب الاثر، است که اصل اوّلی در معاملات بود.]

۲ـ هر یک از الفاظ مذکور، لازم اعمّ بوده و با هر یک از بیع و صلح و هبهٔ معوّضه و ... می سازند و مخاطب به این انشائات حقیقتاً نمی داند که به چه چیز مورد خطاب قرار گرفته؟ آیا به بیع؟ به صلح؟ منظور موجِب چیست؟ و از اثبات اعمّ اثبات اخصّ لازم نمی آید، یعنی از تسلیط بعوضٍ به خصوص بیع منتقل نمی شود ... پس اینها کفایت نمی کنند. (۱)

ب: شهید اوّل در کتاب غایة المراد فی شرح نکت الارشاد، دو مثال دیگر را بر امثلهٔ مذکور، افزوده است:

---

(۱) تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.

۱ـ موجب بگوید: اعطیتک الشیئ الفلانی بکذا.

۲ـ یا بگوید: تسلّط [فعل امر و طلب سلطه است] علی الشیئ الفلانی بکذا ...[۱]

ج: بعضی از محقّقین[۲] بجای اشتراط تصریح [که در کلام علاّمه بود] حقیقت بودن را [استعمال لفظ در موضوع له] در صیغه شرط دانسته و گفته اند: انشاء بیع باید به الفاظی باشد که حقائق هستند [و بدلالت مطابقی بر مبادلهٔ مال به مال، دلالت می کنند.] مثل بعتُ، بنابراین به وسیلهٔ مجازات بیع منعقد نمی شود، حتی برخی از آنان تصریح کرده اند به اینکه: فرقی مابین مجاز قریب و بعید نیست.[۳] [چند مثال برای مجاز قریب و بعید:

۱ـ لاء نفی جنس معنای حقیقی اش نفی جنس و ماهیت است ولی گاهی در نفی صحت و فائده استعمال می شود و گاهی در نفی کمال و فضیلت، که مجاز اوّل را قریب و مجاز دوّم را بعید می گویند.

۲ـ صیغهٔ افعل حقیقت در وجوب است ولی گاهی مجازاً در ندب و گاهی در اباحه بکار می رود امّا مجاز اوّل اقرب به حقیقت است.

۳ـ صیغهٔ لاتفعل نسبت به حرمت و کراهت و اباحه. و ...]

قوله: والمراد:

مرحوم شیخ می فرماید: مراد از تصریح یا صریح [که در کلام علاّمه بود] طبق آنچه گروهی از فقهاء خاصه و عامّه در باب طلاق و ابواب دیگر معنا کرده اند، عبارتست از اینکه: لفظ یک لفظی باشد که مستقیماً برای عنوان آن عقد وضع شده باشد [در باب اجاره لفظی باشد که برای اجاره وضع شده باشد مثل

(۱) غایة المراد، ص۸۲.

(۲) علاّمهٔ بحرالعلوم در مصابیح که خطی است و در اختیار ما نیست.

(۳) علاّمهٔ بحرالعلوم به نقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۴۹ و جواهر الکلام، ج۲۲، ص۲۴۹.

آجرت، در باب بیع مثل بعت، و در باب صلح مثل صالحت و ...]

و به عبارت دیگر: حقیقت در معنای مقصود باشد. چه از نظر لغت برای آن عنوان وضع شده باشد، و چه از نظر شارع [بنابر ثبوت حقیقت شرعیّه] و مراد از کنایه [در کلام علاّمه] عبارتست از لفظی که برای لازم معنای مقصود وضع شده است و به برکت قرائن از آن خود معنای مقصود اراده می شود. [مثل تسلیط که لازم البیع است ولی از سلطتک ... بکذا خود بیع اراده شده است.] و قرینه گاهی جلّی و آشکار و واضح الدلالة بر مقصود است. و گاهی خفّی است.

نکته: فرق مجاز و کنایة: در مجاز جمع بین معنای حقیقی و مجازی و ارادهٔ هر دو ممکن نیست، چون قرینهٔ صارفه دارد، و لی در کنایه جمع بین لازم و ملزوم، ممکن است.]

قوله: والذّی یظهر:

تا به حال نظر بر این شد که در عقود و ایقاعات باید از الفاظ صریح و حقیقت استفاده شود و کنایات و مجازات کافی نیست. ولی از حالا ورق برمی گردد و می فرمایند: آنچه از نصوص مختلف(۱) و متفرّق در ابواب گوناگونِ عقود لازمه [بیع - اجاره - ضمان - نکاح و ...] و از فتاوای فقهاء در ارتباط با صیغهٔ بیع بقولٍ مطلق [چه بیع نقد به نقد که ثمن و مثمن هر دو نقداً و بالفعل پرداخت شود «بیع حالّ» و چه بیعی که ثمن و مثمن هر دو نسیه باشد «بیع کالی به کالی» و چه بیعی که ثمن نقد است «سلم» و چه بیعی که مثمن نقد است «نسیه»] و در ارتباط با بعض انواع بیع بخصوص [از قبیل بیع سلف] و در ارتباط با غیر بیع از سایر عقود لازمه، [از قبیل: اجاره - صلح - نکاح و ...] استظهار می شود، آنست که: ملاك ظهور عرفی است و هر لفظی که ظهور عرفی در معنای مقصود داشته باشد و این

---

(۱) وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص۳۷۶، باب۸، حدیث۴ وحدیث۱۳ وج ۱۳، ص۱۹۹، باب۸، حدیث۴ وص۲۰۰، حدیث۶ وص۲۰۱، حدیث۱۰.

ظهور نزد عرف معتدٌّ به باشد، کفایت می کند [صراحت داشتن یا حقیقت بودن لازم نیست.]

بنابراین در رابطه با انشاء تملیک عین به مال، فرقی ندارد که با لفظ بعتُ و ملکّت انشاء شود، یا با صیغهٔ نقلت الشیئ الفلانی الی ملکک یا جعلت الشیئ الفلانی ملکاً لک بکذا، و ... انشاء شود، زیرا تمام اینها دالّ بر معنای مقصود هستند، و عرف از اینها همان مبادلهٔ مال به مال را می فهمد و همین اندازه کافی است. و ظهورات همه جا حتّی در محاکم و دعاوی متبّع است. و گروهی از متأخر المتأخرین [از علاّمه به بعد را گویند.] هم همین نظر را تأیید و تقویت کرده اند.

و از گروهی از متقدمین بر علاّمه هم همین مطلب حکایت شده است، منجمله از محقّق اوّل ره که بعضی ها[۱] از مرحوم کاشف الرموز حکایت کرده اند، که او از استادش مرحوم محقق اوّل حکایت کرده که وی فرموده:

در باب عقد البیع لفظ خاصی مطرح نیست[۲] [و ملاك هر لفظی است که کاشف از مراد باشد.] و خود کاشف الرموز هم رأی استادش را برگزیده است.[۳]

و از جملهٔ کسانی که ملاك را ظهور لفظی دانسته، جناب شهید اوّل ره در حواشی[۴] است که فرموده: انشاء بیع با هر لفظی که دّال برآن باشد جایز است، مثلاً با لفظ: اسلمت الیک بکذا، عاوضتک الشیئ الفلانی بکذا، هم بیع منعقد می شود [با اینکه اوّلی مخصوص بیع سلم است، و دوّمی لازم اعمّ است. ولی چون دلالت عرفی دارند کفایت می کند.]

---

(۱)حاکی مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۰.
(۲)کشف الرموز، ج۱، ص۴۴۶.
(۳)آدرس قبلی.
(۴)حواشی شهید بر قواعد که خطی است.

مرحوم شهید ثانی هم در کتاب مسالک از بعض از مشایخ معاصرین خود، همین نظر را گزارش کرده است.[۱]

بلکه حتی علاّمه ره که در تذکرة با تأکید فرمود: باید لفظ صریح باشد و کنایه کافی نیست و دو دلیل هم آورد، ولی در کتاب تحریر فرموده: ایجاب عبارتست از هر لفظی که دالِّ بر نقل باشد، همانند بعتُ، ملکّت، و آنچه قائم مقام اینها باشد[۲] [نقلت و ...] و از کتاب تبصرهٔ علاّمه و ارشاد الاذهان ایشان و شرح ارشاد فخرالدین هم این مطلب حکایت شده.[۳]

قوله: فاذا کان:

مرحوم شیخ می فرماید: جناب علاّمه، اگر ایجاب، لفظ دالّ بر نقل است پس چرا با الفاظی از قبیل: نقلت الشیئ الی ملکک بکذا، جعلت الشیئ ملکاً لک بکذا و ... منعقد نشود؟ چرا در تذکره اینها را منع کردید؟

قوله: بل ربّما:

می توان نظریّه فوق را [که ظهور کافی است.] به کلیّهٔ کسانی که در باب بیع بقولِ مطلق فرموده اند: ایجاب و قبول لازم است. و لفظ خاصّی را مطرح نکرده اند [از قبیل شیخ طوسی و پیروان او[۴]] هم نسبت داد و گفت: اینها هم ملاك را ظهور می دانند.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: اطلاق مذکور در مقام اصل اعتبار لفظ و صیغه در بیع وارد شده و امّا از حیث خصوصیات صیغه در مقام بیان نیست تا به اطلاق آن

---

(۱)مسالک الافهام، ج۳، ص۱۵۲.
(۲)تحریر الاحکام، ج۱، ص۱۶۴.
(۳)التبصرة، ص۸۸، ارشاد الاذهان، ج۱، ص۳۵۹.
(۴)مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۰ و مراد از اتباع شیخ جناب ابویعلی وابوالقاسم ومحمدبن علی طوسی و ... می باشد.

تمسّک شود.

قوله: وقدحکی:

لفظ سلم [اسلمت الیک کذا بکذا فی کذا، یا سلّمت ... یا اسلفت ...] حقیقت در بیع سلف است و اختصاص به آن دارد، ولی از بیشتر فقهاء چنین حکایت شده که: در بیع حالّ [ثمن و مثمن هر دو نقداً قبض و اقباض می شود و هیچکدام نسیه نبوده و موکول به آینده نیست.] هم از الفاظ مذکور [اسلمت و ...] می توان استفاده کرد، و بیع نقدی را هم با این الفاظ انشاء کرد[1] پس لفظ خاصّ که حقیقت باشد لازم نیست.

قوله: وصرّح جماعة:

مقدّمه: در شرح لمعه می خوانیم:

للبیع بالنسبة الی الاخبار بالثمن وعدمه اربعة اقسام: لانّه امّا ان یخبر به اولا والثانی المساومة والاوّل امّا ان یبیع معه برأس المال او بزیادة علیه او بنقصان عنه، والاوّل التولیة والثانی المرابحة والثالث المواضعة پس بیع تولیه آنست که: انسان کالائی را به مبلغ معیّنی خریداری کند و سپس در مقام فروش آن، به مشتری بگوید: این کالا را به فلان مبلغ خریده ام و فلان مبلغ اجرت حمل و نقل داده ام و ... تمام مخارجی را که متحمل شده بیان کند، سپس به مشتری بگوید: ولیّتک هذا العقد ...[2].

حال گروهی از فقهاء[3] تصریح کرده اند به اینکه در بیع تولیه آوردن بعتُ ... لازم نیست بلکه با لفظ ولیّت هم منعقد می شود، به اینکه بایع بگوید: ولیّتک العقد، یا بگوید: ولیّتک السلعةَ «متاع» پس تصریح لازم نیست و ملاك ظهور عرفی است، با هر لفظی که حاصل شود.

---

(۱)حاکی مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۴۹ می باشد.

(۲)شرح لمعه، ج۱، چاپ سنگی، ص۳۶۴ وص۳۶۸، لمعهٔ دمشقیّه، ج۳، ص۴۳۶.

(۳)از قبیل محقق اول در شرائع، ج۲، ص۴۲ و علاّمه در تذکرة، ج۱، ص۵۴۵.

قوله: والتشريك:

در حقیقت نوع پنجمی از بیع، تشریک است، و آن اینکه: شخصی مالی را [مثلاً ماشینی، فرشی و ... از اموال منقول، یا منزلی ـ مغازه، زمین و ... از اموال غیرمنقول] را به ثمنی خریداری کرده، شخص دیگر از او تقاضای خریدن حصّهٔ مشاعی را می نماید مثلاً می گوید: نصف یا ثلث این مال را به من بفروش، باز فقهاء فرموده اند: انشاء بیع به صورت بعتُ لازم نیست بلکه به لفظ تشریک هم کافی است به اینکه: شرّکتک یا اشرکتک بنصف او ثلث هذا المال بنسبة ما اشتریتُ، بگوید: حال لفظ تشریک حقیقت در بیع نیست ولی چون مع القرینه ظهور در بیع سهم مشاع دارد، کفایت می کند.(۱)

قوله: وعن المسالك:

فرض مسئله: دو نفر در نخلستانی شریک هستند، و نخلها شروع به ثمر دهی کرده اند.

در اینجا یک تخمینی روی خرماهای آیندهٔ این نخلها می زنند سپس یکی از دو شریک حصهٔ شریک دیگر از میوه ها را قبول می کند و می گوید: فلان مقدار از خرماهای باغ [چند پیمانه، یا چند من] به تو خواهم داد، بقیّه مال من باشد و این یک معامله است که حصّهٔ شریک را به مبلغ معینی از خرما خریداری می کند. ولی شهید در مسالک(۲) فرموده: ظاهر الاصحاب اینست که: شریک در مقام انشاء می تواند بگوید: اتقبّل حصتک بکذا مقدار من الوزن او الکیل، با اینکه این قبول حصّه یا درواقع نوعی بیع است و از عقود لازمه است که با لفظ بعتَ انشاء نشده، یا نوعی صلح است [شهید در دروس].

باز عقد لازم است و از لفظ صالحت استفاده شده و یا معامله مستقلّی است

---

(۱)متن و شرح لمعه، ج۱، ص۳۶۸، چاپ سنگی.

(۲)مسالک الافهام، ج۳، ص۳۶۹.

که ربطی به بیع و صلح ندارد و خود یک معامله لازم است و مفهومش اینست که: یکی از دو شریک مالک حصّهٔ دیگری شد علی وجه الضمان ببدله، و به هر حال لفظ خاص لازم نیست و با لفظ اتقبّل هم کفایت می کند.

قوله: هذا:

تا اینجا عباراتی از فقهاء در رابطه با بیع آوردیم که تمام آنها مدّعای ما را تأیید می کرد و دلالت داشت بر اکتفا به هر لفظی که ظهور عرفیِ معتدّ به داشته باشد.

و امّا در سایر عقود و معاملات لازم هم از فقهاء عظام تعابیری وارد شده که باز هم همان مدّعا را تأیید می کند و به عنوان مثال به مواردی اشاره می کنیم:

۱ـ در باب قرض که از عقود لازمه است عدّه ای فرموده اند: لفظ خاصّ معتبر نیست [مثل لفظ دین و قرض که اقرضتک ... بگوید] بلکه به الفاظی از قبیل: تَصَرَّفْ فیه وعلیک ردّ عوضه، انتفع به وعلیک ردّ عوضه، خذه بمثله، اسلفتک هذا المال ... ، تملکّه لمثله، تسلّط علیه بمثله و ... [تماماً به صورت فعل امر هستند، جز کلمهٔ اسلفت.] نیز جایز [1] است در حالی که هیچکدام از این الفاظ صریح در قرض یا حقیقت در آن نیستند، پس لفظ خاصّ معتبر نیست.

۲ـ در باب رهن که از طرف راهن عقد لازم است باز عدّه ای[2] فرموده اند که: لفظ خاص [راهنت و ...] معتبر نیست بلکه هر لفظی دلالت بر رهن بکند و مقصود از رهن را بفهماند کافی است از قبیل: هذه وثیقة عندك [که جملهٔ اسمیّه هم هست.] و شهید در دروس فرموده: راهن در مقام انشاء رهن می تواند چنین بگوید: خذه بمالک، امسکه بمالک[3] [که فعل امر است.]

---

(۱) منجمله: محقق اول در شرایع، ج۲، ص۶۷ و محقق ثانی در جامع المقاصد، ج۵، ص۲۰ و شهید اوّل در دروس، ص۳۷۵ و ... .

(۲) از قبیل: محقق در شرایع، ج۲، ص۷۵ و علاّمه در تذکرة، ج۲، ص۱۲ و ... .

(۳) الدروس الشرعیه، ص۳۹۵.

۳ـ در باب ضمان [ضمان مالی که شخصی از طرف دیگری ضمانت می کند که اگر او دین یا مالی را که به ذمّه اش آمده نپرداخت، ضامن بپردازد.] که باز از طرف ضامن لازم است و از عقود لازمه است. غیر واحدی[1] فرموده اند: لفظ خاص [ضمنتُ ...] معتبر نیست بلکه با الفاظی از قبیل: تعهّدتُ المال، تقلّدته [به گردن گرفتم] و مانند آن [علّی ادائه و ...] هم منعقد می شود. پس باز هم ملاك ظهور و دلالت بر مقصود است وگرنه لفظ خاص مطرح نیست.

۴ـ جناب محقّق[2] و جماعتی از فقهاء[3] فرموده اند: در باب اجاره هم لفظ خاص [آجرت] معتبر نیست بلکه موجر می تواند با لفظ عاریه همین مقصود را ادا کند [و بجای آجرتک داری سنةً بکذا، بگوید: اعرتک الدار سنةً بکذا ...] وعلّت جواز را وجود قصد آورده اند. یعنی گفته اند: چون قصدش از اَعَرْتُ ... همان اجاره است کفایت می کند والعقود تابعة للقصود.

ولی گروهی از فقهاء[4] در باب اجارة در انشاء آن با لفظ: بعتک سکنی الدار سنة ... [بیع منفعت] تردید کرده اند که آیا جایز است یا نه [پس به طریق اولی از انشاء آن به لفظ عاریه تردید خواهند کرد.]

۵ـ عدّه ای[5] در باب مزارعه گفته اند: لفظ خاص لازم نیست بلکه هر لفظی که بر تسلیم زمین به عامل مزارع به منظور مزارعة و زراعت کردن، دلالت کند کفایت می کند. [مثلاً مالک به زارع بگوید: خُذ الارض و ...].

و محقق اردبیلی در مجمع البرهان تصریح کرده به اینکه: لاخلاف در جواز مزارعه با هر لفظی که دالّ بر معنای مقصود [مزارعه] باشد و لفظ خاص مطرح

---

(۱) مفتاح الکرامة، ج۵، ص۳۵۱ و تذکرهٔ علاّمه، ج۲، ص۸۵.
(۲) شرائع الاسلام، ج۲، ص۱۷۹.
(۳) محقق اردبیلی در مجمع الفائدة والبرهان، ج۱۰، ص۹ و ... .
(۴) محقق در شرایع، ج۲، ص۱۷۹ و علاّمه در تذکرة، ج۲، ص۳۳۷ و ... .
(۵) محقق در شرایع، ج۲، ص۱۴۹ و مفتاح الکرامة، ج۷، ص۲۹۹.

نیست. البته هر لفظی را می آورد باید بصورت فعل ماضی باشد[1] [به نظر محقّق اردبیلی ماضویّت شرط است و در آینده بحث خواهیم کرد.]

ولی مشهور فقهاء[2] فرموده اند: در مزارعة، صیغهٔ ماضی لازم نیست بلکه به لفظ «ازرع» هم صحیح است. [ممکن است فعل امر باشد که از مالک به زارع خطاب است و ممکن است فعل مضارع باشد که از زارع به مالک خطاب است.]

۶ـ عدّه ای از فقهاء[3] در باب وقف فرموده اند: لفظ خاص [وقفتُ ...] معتبر نیست بلکه با الفاظی از قبیل: حرّمتُ داری ... یا تصدّقتُ بداری ... نیز قابل انشاء است مشروط بر اینکه قرائنی در کلام بیاید که دالّ بر ارادهٔ وقف باشد نظیر اینکه دنبال حرّمتُ بگوید: لایباع ولایورث و ... با اینکه آندو از کنایات هستند. [ای لایباع ولایوهب من الکنایات بالاضافة الی الوقف، فانّ من لوازم الوقف یعنی احکامه عدم جواز بیعه وهبته فیکون ذکرهما وارادة الوقف من الکنایة[4]].

۷ـ عدّه ای از فقهاء[5] در باب نکاح فرموده اند: در نکاح دائم از لفظ انکحتُ و زوجّتُ استفاده کردن لازم نیست بلکه با لفظ متعّتُ هم قابل انشاء است. در حالی که این واژه صریح در نکاح دائم نیست و برای نکاح منقطع یا متعه است.

پس شواهد فراوان از ابواب مختلف اقامه شد مبنی بر عدم اعتبار و اشتراطِ لفظ خاص و صریح، و ملاك ظهور است و هر لفظی که به نحوی دالّ بر معنای مقصود باشد.

---

(۱) مجمع الفائدة والبرهان، ج۱۰، ص۹۶.
(۲) مفتاح الکرامة، ج۷، ص۲۹۹.
(۳) علاّمه در تذکرة، ج۲، ص۴۲۷ و شهید اوّل در دروس، ص۲۲۸ و محقق ثانی در جامع المقاصد، ج۹، ص۹.
(۴) ارشاد الطالب، ج۲، ص۱۰۶.
(۵)

قوله: ومع هذه:

این فراز تعریضی است به وربّما یبدّل ... و آن اینکه: با این همه تصریحات، چگونه کسی جرئت می کند به همه یا اکثر فقهاء نسبت دهد که: آنان می گویند: انشاء عقد لازم حتماً باید با لفظی باشد که حقیقت در آن عقد است و با الفاظ مجازی و کنائی جایز نیست؟ مخصوصاً اینکه چگونه کسی جرئت می کند که این مطلب را تعمیم داده و بگوید: عندالمشهور، مجازات مطلقاً کفایت نمی کند؟ [چه مجاز قریب و چه مجاز بعید] جای چنین انتسابی نیست. و نظر مشهور را از کلام مشهور باید فهمید.

قوله: ولعلّه:

تا به حال از کلام مشهور یک تنافی و تناقضی را نتیجه گرفتیم، و آن اینکه: از طرفی مشهور میان فقهاء آنست که: در باب عقود لازمه حتماً باید از الفاظ صریح یا حقیقت استفاده شود و با اینها انشاء عقد شود و الفاظ کنائی و مجازی مطلقاً کافی نیست.

و از طرفی هم کلمات فقهاء را که ذکر کردیم دلالت داشتند بر اینکه: در اکثر عقود لازمه لفظ خاصّ مطرح نیست و با الفاظی هم که برای آن عقد خاص وضع نشده اند می توان انشاء عقد کرد، یعنی کنایات و مجازات هم به برکت قرینه کفایت می کنند پس هم مجاز و کنایه کفایت می کند و هم کفایت نمی کند و این تنافیِ آشکار است. حال چه باید کرد؟ و چگونه این تنافی را حلّ کنیم؟

محقّق ثانی در باب بیع سلم(۱) و در باب نکاح(۲) تنافیِ مذکور را اینگونه: حلّ کرده: [مجاز از جهتی دو قسم است: ۱ـ مجاز قریب ۲ـ مجاز بعید.

فی المثل در باب اجاره حقیقت عبارتست از: آجرتک الدار سنةً بکذا، و

---

(۱) جامع المقاصد، ج۴، ص۲۰۷ به بعد.

(۲) جامع المقاصد، ج۱۲، ص۷۰.

مجاز قریب عبارتست از: بعتک منفعة الدار سنةً بکذا، و مجاز بعید عبارتست از: وهبت یا صالحتک سکنی الدار سنةً بکذا.]

حال اینکه مشهور شده که باید حقیقت یا صریح باشد و کنایه و مجاز کافی نیست، منظور مجازات بعیده است. و اینکه از عبارات فقهاء استفاده شد که لفظ خاص مطرح نیست به مجازات هم می توان اکتفا کرد، منظور مجازات قریبه است. پس منافاتی نیست و نفی و اثبات بر محلّ واحد وارد نشده اند.

مرحوم شیخ این وجه الجمع را تحسین می کنند ولی می فرمایند: وجه الجمع بهتری وجود دارد و آن اینکه: [حاصل و چکیدهٔ وجه مرحوم شیخ اینست که: با الفاظی که صریح در معنای مقصودند و یا حقیقت هستند، بلااشکال انشاء عقد صحیح است و اینها مصداق اکملِ باب عقودند.

و امّا مجازات و کنایات: آندسته از الفاظ مجاز که قرینهٔ آنها قرینهٔ لفظیّه باشد و تمام معنای مقصود را با لفظ انشاء کند، باز بلامانع است. ولی آندسته از مجازات که قرینهٔ آنها غیرلفظیّه باشد، یعنی حالیّه، مقامیّه، عادیّه و ... باشد و تمام مراد با لفظ و صیغه انشاء نشود، کفایت نمی کند.

حال اینکه مشهور شده که مجازات و کنایات کافی نیست، منظور، آنهائی است که قرینه اش غیرلفظ باشد، و اینکه از کلمات فقهاء استفاده شد که مجازات هم کافی است منظور، آنهائی است که قرینه اش لفظیه باشد، باز هم تنافی برداشته شد.

حال این مطلب را مرحوم شیخ به زبان دیگری آورده و آن اینکه:] آنها که درباب الفاظ عقود، حقیقت بودن را شرط کرده اند، منظورشان خصوص حقیقت به معنای مصطلح [استعمال لفظ در ما وُضع له] نیست، بلکه منظورشان اینست که: انشاء عقد باید به دلالت لفظیّهٔ وضعیّه باشد (و تمام مقصود را با لفظ بفهماند.]

حال فرقی نیست که لفظ دالّ بر معنای عقد [عقد البیع مثلاً] یک لفظی باشد که خودش برای انشاء آن عقد وضع شده و مستقیماً بر آن دلالت می کند، و حقیقت به معنای خاصّ کلمه است. [مانند لفظ بعتُ در باب بیع، آجرتُ در باب اجاره و ...] و یا لفظی باشد که مجازاً در انشاء این عقد خاص بکار رفته [مثل جعلتُ هذا الشیئ ملکاً لک بکذا که جعلتُ معنای حقیقی اش جعل و قرار دادن است ولی از آن انشاء بیع اراده شده است.]

ولی قرینهٔ این مجاز لفظ دیگری است [مثل ملکاً لک و حرف باء] که خود آن هم موضوع است و برای معنائی وضع شده است [مثلاً باء برای مقابله است.] و با مجموع این کلام انشاء بیع صورت گرفته است و بالاخره دلالت، دلالت وضعیّهٔ لفظیّه است. [حقیقت به معنای توسعه داده شدهٔ آن.]

حال هر کدام از این دو قسم که باشد کفایت می کند.

قوله: اذ لایعقل:

دلیل کفایت هم اینست که: مناط صریح و حقیقت بودن، وضوح و ظهور است و در این مناط فرقی میان صورت اوّل [که مطلب و مقصد از خود لفظ بالوضع استفاده می شد موضوع له حقیقی بود] و صورت دوم [که به ضمیمه لفظ دارای وضع و معنا استفاده می شد و باء مقابله قرینه بود که مراد از جعلتُ همان بعتُ است.] نیست.

قوله: وهذا:

امّا دو صورت دیگر هم وجود دارد که انشاء عقد به یکی از آندو کفایت نمی کند:

۱ـ انشائی که در آن دالّ بر تمام معنای مقصود، لفظ نیست بلکه لفظ به ضمیمهٔ قرینهٔ غیرلفظیّه [حالیّه ـ مقامیّه ـ عادت و ...] کاشف از مراد است. [مثلاً جعلتُ هذا ملکاً لک بکذا گفته ولی از حال یا عادت او می فهمیم که مرادش بیع

است، یا در مقام انشاء بیع آن را بزبان آورده است، وگرنه صیغهٔ تنها با صلح معوض و هبهٔ معوضه هم می سازد.]

۲ـ بتوسّط الفاظ تمام مقصود را دلالت کرده ولی نه در صیغهٔ عقد و در حین انشاء بلکه خارج و سابق یا لاحق بر عقد، یعنی قبل از معامله گفتگو می کردند و راجع به قیمت بحث می کردند و وقتی قیمت قطعي شد، گفت: خُذ هذا بکذا، یا بعد از گفتن سلطتک علیه بکذا مثلاً، به زبان آورد که مرادش بیع است نه در ضمن صیغه.

حکم این دو صورت آنست که: کفایت نمی کند، بدلیل اینکه اجماع قائم شد بر اینکه عقد لازم متوقف بر قول و انشاء قولی است، و اعتماد بر قرائن حالیه یا مقالیّهٔ خارج از عقد، یعنی رجوع از این مطلب و مخالفت با اجماع، که آنهم جایز نیست. و بر همین اساس حضرات معاطات را مفید لزوم ندانستند، هر چند قبل از آن مقاوله و یا همزمان با آن قرینهٔ حالیه بر ارادهٔ بیع در میان باشد. و صریحاً گفتند: انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام.

پس به عقیدهٔ مرحوم شیخ حلّ تنافی عبارت شد از اینکه: اعتماد بر انشاء لفظی ولو مع القرینة اللفظیه صحیح است و اعتماد بر قرائن دیگر صحیح نیست.

[نوع محشّین و مقررّین در این مقام به مرحوم شیخ اعتراض نموده اند و به عنوان نمونه به یکی از آنها اشاره می شود: در مصباح الفقاهه می خوانیم:

لا وجه صحیح لما افاده المصنف من الالتزام بصحة الانشاء بالالفاظ المجازّیة اذا کانت محفوفة بالقرینة اللفظیة. وبعدم الصحة اذا کانت محفوفة بالقرینة غیر اللفظیّه ... فانّ احتفاف اللفظ بالقرینة غیر اللفظیّه لایخرج دلالته علی معناه عن الدلالة اللفظیّه، بدیهة انّ الدلالة اللفظیّه عبارة عن انفهام المعنی من اللفظ، سواء أکانت حیثیة الدلالة مکتسبة من القرائن ـ لفظیةً کانت او غیرها ـ ام کان اللفظ بنفسه دالاً علی المقصود فانه علی کلا التقدیرین تنسب

الدلالة الی اللفظ، فتکون الدلالة لفظیةً. ولیس فی الالتزام بصحة ذلک أیة منافاة لما بنی علیه من اعتبار اللفظ فی صحة العقد، او فی لزومه. و کیف یقاس ذلک بما اذا کان الانشاء بغیر اللفظ، وکانت القرینة الدالة علی ارادة البیع منه هی اللفظ.[1]]

قوله: ومما ذکرنا:

در انشاء عقد لازم از مشترك لفظی استفاده کردن و اعتماد بر قرائن غیرلفظیه کردن صحیح نیست. زیرا که مشترك لفظی خود به خود مجمل و امرش دائر میان دو یا چند عقد است و نیاز به قرینهٔ معیّنه دارد آنگاه اگر قرینهٔ معیّنه اش لفظیه باشد صحیح است.

ولی اگر حالیه باشد صحیح نیست. به همان دلیل که در وجه الجمع گفته آمد. که تمام مقصود با انشاء لفظی ادا نشده و نیز استفاده از مشترك معنوی هم صحیح نیست. [فی المثل واژهٔ ملکّتُ یک معنای کلی به نام تملیک دارد و آن چندین فرد دارد از بیع ـ هبه ـ صلح و ... و موجب منظورش بیع است ولی اگر قرینهٔ لفظیه بیاورد و بگوید: ملکت هذا بکذا بلامانع است، کما سیأتی. ولی اگر به قرینهٔ حالیّه و مانند آن اعتماد کند باز صحیح نیست.]

قوله: ویمکن:

قبلاً از قول علاّمه ره در تذکره آوردیم که: بیع با الفاظ کنائی واقع نمی شود، و دو دلیل داشتند، دلیل دوّم این بود که: ولانّ المخاطب لایدری بِمَ خوطب. حال با توجه به توضیحاتی که در وجه الجمع آوردیم، می گوئیم: ممکن است مراد علاّمه هم همین مطالب باشد.

بیان ذلک: دو احتمال در کلام علاّمه وجود دارد:

۱ـ منظورشان این باشد که در کنایات حتی با کمک قرائن خارجیّه هم

---

(۱) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۱۸.

مخاطَب چیزی نمی فهمد و منظور مخاطِب را متوجّه نمی شود. این احتمال بعید بلکه باطل است. زیرا معقول نیست که با قرائن هم مراد را نفهمد.

۲ـ منظور این باشد که در کنایات از خود لفظ بدون انضمام قرائن چیزی نمی فهمد، بدلیل اینکه: کنایه ذکر لازم و ارادهٔ ملزوم است از قبیل: زید کثیر الرماد، جبان الکلب که کاشف از جود و سخاوت زید است. و زید طویل النجاد که کنایه از شجاعت او است. و لازم دو نوع است:

الف: لازم مساوی از قبیل: وجود نهار و روشنائیِ عالم که دو لازم از لوازمِ طلوع شمس هستند و یقیناً از وجود نهار به طلوع شمس منتقل می شویم.

ب: لازم اعمّ، از قبیل: حرارت که هم لازم طلوع شمس است و هم وجود نار و هم حرکت، و از وجود چنین لازمی نتوان به ملزوم خاصّی منتقل شد. و در اغلب یا جمیع کنایات، لازم لازمِ اعمّ است. همانند مثالهای مذکور در کلام علاّمه: ادخلته ... جعلته ... خذه ... سلطتک ... اعطیتک ... که اعمّ از بیع و هبهٔ معوضه و صلح معوض و ... می باشند، و واضح است که ذکر لازمِ اعمّ بر ملزوم خاصّی [مثلاً بیع] دلالت ندارد. پس خود خطاب فی نفسه و قطع نظر از انضمام قرائن، مجمل و دارای احتمالات است و واقعاً «المخاطب لایدری بم خوطب» و نیازمند قرائن خارجیّه است.

و قبلاً در معاطات گذشت که: نیّت تنها مؤثر نبوده و موجب نقل و انتقال نیست. همچنین نیّت با انکشافِ آن به توسّط قرائن غیرلفظیّه کافی نیست و انّما یحلّل الکلام ویحرّم الکلام.

نتیجه: از نظر علاّمه هم که معاطات کافی نیست، چون خود صیغه به تنهائی مقصود را نمی رساند، وضم قرائن خارجیّه هم کافی نیست. پس اگر خود صیغه دالّ بر مقصود باشد کفایت می کند چه حقیقت باشد و چه مجاز، و بالجمله: دلالت لفظیّه لازم است.

قوله: لكنّ:

وجه الجمع ما در همهٔ امثله ای که علاّمه داشت جاری نمی شود [زیرا در بعضی از امثله قرینهٔ لفظیه هم بود و علاّمه بدان اکتفا نکرد، مثلاً در جعلتُ الشیئ الفلانی ملکاً لک بکذا، جمله ملکاً و باء مقابله قرینه بر آنست که از جعلتُ بیع اراده شده معذلک بدان اعتنا نشد. پس نتوان کلام علاّمه را با وجه الجمع ما توجیه کرد. بناچار به وجه الجمع محقّق ثانی برمی گردیم.

قوله: ثم انّه:

بعضی ها مدّعی شده اند: همانطوری که عبادات توقیفی است و از هر جهت [اجزاء ـ شرائط، اقوال، اذکار ـ هیئات، افعال] متوقّف بر بیان شارع است و هر گونه که شارع فرموده باید به همان نحو خدا را عبادت کرد. هکذا الفاظ معاملات هم توقیفی است یعنی توقّف دارد بر اینکه شارع مقدّس کدام لفظ و صیغه را سبب و مؤثّر در کدام معامله قرار بدهد؟ و کدام را نه؟ و وقتی توقیفی شد، حتماً باید به قدر متیقن اکتفا شود و حق نداریم به مازاد تعدّی کنیم، و قدر متیقن الفاظ صریح و حقیقت است، و آنهائی است که بدون کمک هر قرینه ای بر معاملهٔ مقصود دلالت دارند. مثلاً در بیع فقط از بعتُ استفاده شود. و در اجاره از آجرتُ و ... سپس این بعض به کلامی از فخرالدین استشهاد کرده و آن اینکه:

فخر فرموده: برای هر عقد لازمی شارع مقدّس صیغهٔ مخصوصی را وضع کرده و باید از همان صیغه استفاده شود [مثلاً برای بیع، بعتُ را و ...] و حق تعدّی و تجاوز از حدود شرع را نداریم [تلک حدود الله فلاتتعدّوها ...] و دلیل فخر هم استقراء است. یعنی ما رفته ایم و ابواب مختلف فقه را بررسی کرده ایم و به این نتیجه رسیده ایم که شرعاً برای هر معاملهٔ لازمی صیغهٔ ویژه ای وجود دارد که باید با آن انشاء شود[1].

---

(۱) ایضاح الفوائد، ج۳، ص۱۲.

قوله: وهو کلام:

مرحوم شیخ ابتدا ادّعای بعض فقهاء را ردّ می کنند و می فرمایند: ادّعای بی نتیجه ای است. زیرا هم برخلاف فتاوای علماء است. [که قبلاً فتاوی را نقل کردیم و دیدیم که درخصوص بیع چقدر باب انشاء واسع بود و با لفظ بعتُ و ولیّتُ واسلفت وشرّکت و ... قابل انشاء بود، و هکذا عقود دیگر.] و هم برخلاف روایات فراوانی است که در ابواب مختلف وجود دارد و برخی از آنها رادرآینده نقل خواهیم کرد و هرگز روایات روی صیغهٔ خاصّی تکیه نکرده است. [و اصولاً ما در معاملات توقیفی بودنِ انشاء را قبول نداریم. و شارع مقدّس در معاملات نوعاً نقش امضائی دارد نه تأسیسی.]

قوله: وامّا ماذکره:

و امّا سخن فخر که مورد استشهاد بعض بود:

[مرحوم شیخ با این سخن آنگونه برخورد نمی کنند، زیرا فخر فخر است و فخرالمحقّقین است و اعرف به فتاوای علماء و به نصوص است. و لذا شروع می کنند به توضیح و تفسیر کلام فخر و نتیجه می گیرند که: سخن وی با مبنای ما منافاتی ندارد.] منظور فخر از صیغهٔ مخصوصه چیست؟ مراد اینست که: ما در اسلام معاملاتی داریم که مورد امضاء شارع است [از قبیل: بیع ـ نکاح ـ اجاره و ...] و فرض می کنیم که مثلاً چهل نوع معامله وجود دارد. و این معاملات در شرع مقدّس دارای احکام فراوانی هستند، و بی تردید این احکام روی عناوین و موضوعاتی رفته [مثلاً احکام نکاح بر موضوع نکاح یا تزویج یا متعه بار شده، احکام بیع بر عنوان بیع بار شده و ...] و تا موضوعی نباشد حکمی هم نیست. [از باب سالبه به انتفاء موضوع] آنگاه ما در مقام انشاء باید با صیغه ای انشاء کنیم که بر آن عنوان دلالت بکند تا در نتیجه آثار و احکام شرعی بر آن مترتب شود. والاّ بی اثر است. به عنوان مثال: در باب ازدواج از علاقه و پیوندی که میان زن و مرد

حادث می شود، شریعت به سه عنوانِ نکاح، تزویج، متعه تعبیر کرده است. حال عقدی را که به منظور ایجاد عُلقهٔ مَذکور انشاء می کنیم باید بگونه ای باشد که بر عنوانِ مذکور دلالت داشته باشد تا موضوع از برای احکام شرعیِ نکاح باشد و آن الفاظیَ از قبیل:

انکحتُ، زوّجتُ ومتّعت است یا در باب بیع از علقه ای که میان انسان و مال پیدا می شود، تعبیر به ملکیّت شده و از کاری که بایع انجام می دهد تعبیر به بیع شده است، پس باید با لفظی انشاء شود که دالّ بر عنوان مذکور باشد تا احکام البیع بر آن پیاده شود و آن لفظ بعتُ و مرادفات او [ملکّت و ...] است. حال اگر در باب نکاح بجای صیغ مذکور، زن به مرد بگوید: وهبتک نفسی او بُضعی، آجرتک نفسی او بُضعی سنةً بکذا، بعتک بُضعی او نفسی بکذا، صالحتک علی بُضعی بکذا، سلطتکّ علی بضعی و ... از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا از الفاظ مذکور معانیِ حقیقیِ خود آنها را اراده می کند [یعنی هبه ـ اجارة ـ بیع و ... را] در این صورت پرواضح است که: ما قصد لم یقع وما وقع لم یقصد، عنوان نکاح یا متعه متحقّق نشده و در نتیجه احکام زوجیّت دائم یا منقطع هم بر آنها مترتّب نمی شود.

۲ـ و یا از این الفاظ معنای نکاح را اراده می کند، در این فرض هم خود صیغه به تنهائی دالّ بر معنای مقصود نیست بلکه به ضمیمه غیرلفظ [نیّت] می خواهد نکاح را دلالت کند، و این همان مطلبی است که قبلاً در وجه الجمع به آن اشاره شد که غیرلفظ کافی نیست و لزوم آور نیست.

پس منظور فخر این نیست که حتماً در باب بیع از لفظ بعتُ استفاده شود ولاغیر، و به قدر متیقن اکتفا شود، بلکه منظور آنست که: از الفاظی استفاده کنند که دالّ بر عنوان بیع باشند، ظهور در معنای مقصود داشته باشند، کاشف از موضوع بیع باشند [چه بعتُ و چه نقلت و چه ملکّت و ...] تا احکام البیع بر آن

مترتّب شود. و این همان است که ما هم می گوئیم. و کلام پدر فخرالدین در تذکره را هم بر همان حل کردیم، پس سخن فخر مؤیّد سخن ما است.

قوله: والیه یشیر:

محقق ثانی هم در جامع المقاصد فرموده: عقود از شارع مقدس تلقّی شده و بدست ما رسیده، و باید همانگونه که رسیده انشاء شود و هیچ عقدی به لفظ عقد دیگری که از جنس او نباشد منعقد نمی شود[1] [مثلاً عقد نکاح با لفظ وهبتُ وآجرتُ و ... منعقد نمی شود.]

مرحوم شیخ می فرماید: منظور محقّق ثانی هم همان مطالبی است که در رابطه باکلام فخرالدین توضیح دادیم و منافاتی با مختار ما ندارد.

قوله: و ما عن المسالك:

شهید ثانی هم در مسالک فرموده:

در باب عقود لازمه حتماً باید از الفاظی که دارای دو خصوصیت باشند استفاده شود:

۱ ـ از شارع مقدس به ما رسیده باشد [مثل لفظ نکاح و متعه و ... در باب نکاح]

۲ ـ از حیث لغت عرب [مثلاً] هم معهود باشد و اهل لغت و زبان آن را بشناسند[2] مرحوم شیخ می فرماید: منظور ایشان هم همان است که توضیح دادیم.

قوله: و عن کنز العرفان:

مرحوم فاضل مقداد هم در کتاب کنز العرفان فی فقه القرآن در باب نکاح[3] فرموده: نکاح یک حکم شرعیِ حادث است [بین زن و مرد این علقه نبوده و بعد بوجود می آید.] پس نیازمند سبب و دلیلی است که بر تحقّق آن دلالت کند. و

---

(۱) جامع المقاصد، ج۷، ص۸۳.
(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۳۲، چاپ سنگی.
(۳) کنز العرفان، ج۲، ص۱۴۶.

سبب النكاح همان عقد لفظی ای است که از شارع مقدس به ما رسیده و در نصّ آمده است.

سپس برای ایجاب نکاح سه لفظ را آورده و فرموده: با هر یک از اینها صیغهٔ نکاح قابل انشاء است و دلیل جواز را ورود این الفاظ در قرآن ذکر کرده.

[امّا تزویج: ﴿**فلمّا قضی زید وطراً زوّجناکها**﴾ «سورهٔ احزاب/ ۳۷» و امّا نکاح: ﴿**قال انّی ارید ان أُنکحك احدی ابنتی هاتین**﴾ «سورهٔ قصص/ ۲۷» و امّا متعة: ﴿**فتعالین امتّعکن و اسرحکن سراحاً جمیلاً**﴾ «احزاب/ ۲۸، یا ﴿**فمتّعوهن و سرّحوهن سراحاً جمیلاً**﴾ «احزاب/ ۴۹»]

مرحوم شیخ می فرماید: از تعلیل ایشان هم پیدا است که همان مطلب ما را می گویند، یعنی باید با الفاظی باشد که عناوین شرعی و رائج و دائر در لسان شارع را دلالت کنند و گرنه کفایت نمی کند.

قوله: و من هذا:

ضابطه ای که ما گفتیم عبارت شد از اینکه: هرصیغه ای که دلالت لفظیّه وضعیه داشته باشد و تمام مقصود را با خود لفظ برساند کفایت می کند چه حقیقت و چه مجاز، و هر صیغه ای که چنین نباشد کفایت نمی کند.

بخش اوّل را صریح و دالّ برمقصود و بخش دوّم را غیر صریح می دانیم.
حال شما می توانید با بدست گرفتن این مشعل حکم فرد فرد عقود را روشن کنید.
به عنوان مثال: در باب اجاره اگر بالفظ اَعَرْتک داری سنةً بکذا انشاء کند کافی نیست چون خود اعارة برمعنای مقصود دلالت ندارد و نیازمند قرینهٔ خارجیّه و نیّت است [مثل وهبتُ در باب نکاح] ولی با الفاظی از قبیل: بعتک سکنی الدار او منفعة الدار بعید نیست که کافی باشد.

[مرحوم شهیدی می گوید: اقول: و لعلّه لاشتمال العقد علی العنوان المعبّر به عن العلاقة الخاصّة الاجاریّة فی لسان الشارع اذ قد عبر عنها فی بعض لاخبار

ببیع السکنی کما فی روایة اسحق المتقدّمة فی الکلام فی تعریف البیع، و ببیع المنفعة کما فی اخبار بیع منفعة الاراضی الخراجیّة و لعلّ وجه عدم جزمه بالجواز «که لایبعد فرمود» احتمال کون التعبیر المذکور تبعاً لکلام السائل لا بنحو الاصالة کی تدلّ علی کونه عنواناً لها فی لسان الشارع[1]] در خاتمه: اقوالی را که در مسئله بیان شده فهرست وار عنوان می کنیم:

۱ ـ باید با الفاظ صریح باشد و کنایه و مجاز و مشترك لفظی و معنوی کافی نیست.

۲ ـ باید با الفاظ حقیقیه باشد. و با مجازات و کنایات که قرینه می طلبند کافی نیست.

۳ ـ با مجازاتی که قرینه اش لفظیه باشد مانعی ندارد و با مجاز مقرون به قرائن غیر لفظیّه صحیح نیست.

۴ ـ با مجازات قریبه صحیح است ولی با مجاز بعید صحیح نیست.

۵ ـ با هر لفظی که صریح در مقصود باشد، یا ظهور در آن داشته باشد چه ظهور وضعیِ حقیقی و چه ظهور به کمک قرائن لفظیه و چه ظهور به کمک قرائن غیر لفظیّه، کفایت می کند.

۶ ـ باید به قدر متیقن اکتفا شود و با صیغ مشکوکه نتوان عقد یا ایقاعی را انشاء کرد.

۷ ـ باید به الفاظی که از شارع مقدس نقل شده اکتفا شود و به غیر آنها جایز نیست.

۸ ـ باید با الفاظی عقد یا ایقاع انشاء شود که دالّ برعنوان مذکور در کلام شارع باشند و با غیر آنها جایز نیست.

مرحوم شیخ کلام فخر را به این تفسیر کردند و طبق تفسیر ایشان رأی هفتم

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۹۱.

هم که از کلام مسالک مستفاد بود به همین رأی هشتم برمی گردد ولی احتمال ارجاع آن به رأی ششم هم وجود دارد.

قوله: اذا عرفت:

تا اینجا بحث مقدّمی تمام شد و از اینجا به بحث اصلی در شروط صیغهٔ بیع وارد می شویم: [مباحث مذکور در مقدّمه یک بحث کلّی بود که در کلّیهٔ عقود و ایقاعات راهگشا بود.] و چنانکه قبلاً اشاره شد، چهار بحث در باب شروط صیغهٔ بیع مطرح است:

۱ ـ از حیث مادّه و الفاظی که بکار می روند.

۲ ـ از حیث لغت و زبانی که بکار می رود.

۳ ـ از حیث هیئت ایجاب یا قبول تنها.

۴ ـ از حیث هیئت کلّ جمله ترکیبیّه ایجاب و قبول.

(۱)
(الفاظ ایجاب و قبول)

امّا بحث اوّل: در باب ایجاب بیع از چه الفاظی حق استفاده داریم؟ در باب قبول بیع چه الفاظی معتبر است؟ پس دو بخش دارد:

امّا بخش اوّل یا الفاظ ایجاب: مرحوم شیخ چهار لفظ را مطرح می کنند:

۱ ـ واژه و صیغهٔ بعتُ: از لحاظ نص و فتوی در جواز ایجاب بیع با لفظ بعتُ هیچ اختلافی وجود ندارد. [و اصولاً قدر متیقن در ایجاب بیع همین صیغه است و بنابر جمیع اقوال مذکور، این انشاء صحیح است.]

قوله: وهو:

در رابطه با صیغهٔ بعتُ اشکالی وجود دارد و آن اینکه: بیع از اضداد است [یعنی کلماتی که دارای دو معنای متضاد هستند.] و به اتفاق اهل لغت هم برای خریدن وضع شده و هم فروختن، و طبق مطالب مقدّمه، استفاده از مشترکات لفظی در انشاء صحیح نیست. پس چگونه می فرمائید: انشاء بیع با بعتُ بلاخلاف صحیح است؟

مرحوم شیخ می فرماید: قبول داریم که در اصل لغت چنین بوده ولی در عرف عام در اثر اینکه بعتُ در معنای فروختن و انشاء ایجاب بیع خیلی زیاد استعمال شده است، کثرت استعمال سبب وضع تعیّنی آن گردیده و نیازی به قرینه

ندارد و لذا عند العرف تا کسی بعتُ می گوید، بدون نیاز به قرینه ای معنای معهود تداعی می کند و تمام مقصود باخود لفظ انشاء می شود و همین کفایت می کند.

۲ ـ صیغهٔ شریتُ: مرحوم شیخ اوّل می فرماید: با این لفظ هم ایجاب البیع قابل انشاء است. و دو دلیل هم می آورند:

الف: این واژه هم برای فروختن وضع شده است. شاهدِ وضع هم مطلبی است که از بعض اهل لغت حکایت شده است[۱]

ب: بعضی گفته اند: مادّهٔ شراء در قرآن هر بار که استعمال شده در معنای فروختن بکار رفته است نه در غیر آن [منجمله: ومن الناس من یشری نفسه ابتغاء مرضاة اللّه[۲] ونیز: و شروه بثمنٍ بخس.[۳]]

سپس در صدد تضعیف مطلَب برآمده و می فرمایند: از کتاب قاموس[۴] چنین نقل شده: عرب می گوید: شراه، یشریه [ماضی و مضارع] یعنی آن چیز را به سبب بیع و فروختن دیگری مالک شد [یعنی خریداری کرد.] و یعنی آن شیء را فروخت. [پس شری هم به معنای خریدن و هم فروختن آمده.] مانند واژهٔ اشتری که به دو معنای خریدن و فروختن آمده، پس این دو کلمه از اضداد هستند [یعنی مثل بعتُ به دو معنای متضاد آمده اند، پس از مشترکات لفظی بوده و نتوان در ایجاب از آن استفاده کرد.]

و باز در کتاب قاموس[۵] می خوانیم: هر کسی که چیزی را ترک کند و چیز دیگری را به چنگ آورد پس آن را اشتراء کرده است و عرب در مورد او می گوید: اشتراه [این معنا هم برکار بایع صادق است که کتابی را ترک گفته و

(۱) المصباح المنیر، ج۱، ص۳۷۶.
(۲) سورهٔ بقره، ص۲۰۷.
(۳) سورهٔ یوسف، ص۲۰.
(۴) القاموس المحیط، ج۲، ص۷۰۶.
(۵) القاموس المحیط، ج۲، ص۷۰۶.

پولی را بدست می‌آورد، و هم برکار مشتری اطلاق می شود که پولی را رها کرده و از قید آن می گذرد و کتابی را به چنگ می‌آورد.]

[نکته: مرحوم شهیدی[1] فرموده: و لعلّ غرضه من ذکر هذا الکلام بعد الکلام السابق افادة ان الشراء مشترك لفظاً بین الضدّین نظراً الی قاعدة عدم تغیّر مبدء الاشتقاق فی المشتقات عما کان علیه من حیث الاشتراك و عدمه لا افادة کون الاشتراء کذلک کی یرد علیه انّ الکلام هنا فی شریت لا فی اشتریت]

و در پایان به صورت جدّی تر می فرماید: در جواز ایجاب به لفظ شریتُ اشکال شده و آن اینکه:

الف: شریتُ مثل بعتُ نیست که در معنای فروختن کثیر الاستعمال باشد بلکه قلیل الاستعمال است [در عرف عام] و لذا نیاز به قرینۀ معیّنه دارد و تمام مقصود را با لفظ نمی رساند.

ب: در اخبار هم ایجاب البیع با این لفظ وارد نشده.

ج: در کلام قدماء هم نیامده است. مرحوم شیخ هم این اشکال را تأیید کرده و از خیر این لفظ صرفنظر می کنند.

۳ ـ صیغۀ ملّکت: [با تشدید و به معنای تملیک کردن نه بدون تشدید که به معنای مالک شدن و خریدن است.] مرحوم شیخ می فرماید: اکثر فقهاء برآنند که انشاء ایجاب البیع با این لفظ واقع می شود.

بلکه از ظاهر کتاب نکت الارشاد علاّمه اجماع استفاده می شود، آنجا که فرموده: بیع به غیر از الفاظ اجماعی واقع نمی شود. و سپس برای الفاظ متفق علیها دو مثال آورده: ۱ ـ بعتُ. ۲ ـ ملّکت[2] وسابقاً هم در تعریف بیع گفتیم: انشاء تملیک عین بمالٍ پس تملیک کذائی هم در لغت و هم در عرف عام و خاص

(۱)هدایة الطالب، ص۱۹۱.
(۲)غایة المراد، ص۸۱.

فقهاء مرادف با بیع است. و فخرالدین هم به این مرادفت تصریح کرده بود، آنجا که فرمود: معنای بعتُ در لغت عرب: ملّکت غیری است. [۱] پس به سه بیان وقوع ایجاب باملّکت را تقویت کردند:

۱ ـ قول اکثر.

۲ ـ اجماع منقول علاّمه.

۳ ـ تعریف بیع و معنای لغوی و عرفیِ آن [تفاوت بعتُ با ملّکت در اینست که: بعتُ به تنهائی و بدون نیاز به آوردن «هذا بهذا» دالّ برمبادلهٔ مالی به مالی و تملیک عینی به عوضی است. ولی ملّکتُ به تنهائی براصل تملیک دلالت دارد که یک معنای کلی بوده و برتملیک مجّانی هم صادق است امّا با آوردن کلمه «هذا بکذا» مخصوص بیع گردیده و مرادف بعتُ می گردد.]

قوله: و ما قیل:

در رابطه باوقوع ملّکت در ایجاب البیع، دو اشکال و جواب مطرح است:

اشکال اوّل: واژهٔ تملیک هنگامی که بطورمطلق [مجرّد از هرگونه قرینه] استعمال می شود [مثلاً می گوئیم: ملّکت کتابی بزید، یا مکلّکتک هذا] جز هبه و تملیک مجّانی چیزی تبادر نمی کند، پس واژهٔ مذکور در معنای هبه حقیقت است. [نظیر اینکه: دوستی به دوستش می گوید: عجب کتاب یا ساعتی دارید!! رفیق هم در جواب می گوید: قابل شما را ندارد، مالِ شما باشد، ملک شما باشد و ... این مال یا ملک شما باشد یعنی به شما بخشیدم و جز بخشش معنائی به ذهن نمی آید.] آنگاه درغیر هبه و تملیک مجّانی [یعنی تملیک معاوضی] که استعمال می شود، محتاج به قرینه است. [و نظیر استعمال وهبتُ یا بعتُ... د رباب نکاح است که قبلاً تشریح شد.] در نتیجه: استعمال ملّکتُ در ایجاب بیع صحیح نیست.

---

(۱)شرح ارشاد پدرش علاّمه، به نقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۲.

قوله: فیه:

جواب مرحوم شیخ اینست که: واژه و مادهٔ تملیک یک معنای عام و کلّی دارد [مثل انسان، حیوان و ...] و آن عبارتست از مطلق تملیک چیزی به کسی، و این معنای کلّی دو فرد و حصّه دارد:

الف: تملیک مجانّی و بلاعوض، که در هبه مطرح است.

ب: تملیک دارای عوض، که در بیع مطرح است.

و قانون کلّی و قدر جامع و الفاظ دارای معنای کذائی آنست که: عند الاطلاق خصوص هیچکدام از دو فرد، به ذهن تبادر نمی کند، و هر کدام از آندو محتاج به قرینهٔ مشخّصه است. و در ما نحن فیه [واژهٔ ملکّت] چنین است. منتها قرینهُ کلِّ شیئٍ بحسبه، اراده کردن هبه از ملکّتُ، قرینه اش: تجرید لفظ از عوض است، یعنی اگر ملکّتُ بگوئیم و دنبال آن از عوض سخنی و ذکری به میان نیاوریم، نفس این تجرید و تعریه، شاهد بر اراده شدنِ هبه است. و اراده کردن بیع از آن، قرینه اش آوردن لفظ «بکذا» بدنبال آن است.

یعنی بگوئیم: «ملکّت هذا بکذا» که در این فرض مجموع مرکّب به مقتضای وضع ترکیبی [نه وضع یکایک مفردات] دالّ بر بیع خواهد بود، و قرینه اش هم لفظیّه است [و قبلاً گفتیم: ملاك، دلالت وضعیّهٔ لفظیّه است.]

قوله: وقدعرفت:

اشکال دوّم: بر فرض کلمهٔ بکذا را بدنبال ملکّتُ بیاوریم، باز کافی نیست و به درد ایجاب البیع نمی خورد، زیرا که با آوردن آن حداکثر از کلام تملیک معوَّض و عوض دار، مستفاد می شود، ولی تملیک کذائی خود کلّی و دارای افراد است: یک فرد آن بیع، فرد دیگرش هبهٔ معوَّضه، و فرد سوّم صلح معوّض است. آنگاه باز برای تعیین یکی از این مصادیق نیازمند قرینه هستیم و ارادهٔ خصوص بیع از قبیل کنایه است یعنی ذکر لازم اعمّ و ارادهٔ ملزوم اخصّ که قبلاً

ردّ شد و فرمودید: در انشاء عقد نباید از کنایات بهره برد.

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: در اوائل کتاب البیع دانستیم که: تملیک به عوض چیزی جز بیع نیست، و به قول فخرالدین: این دو مترادف اند، و امّا هبهٔ معوّضه: آنجا بیان شد که هبهٔ کذائی تملیک به عوض نیست، بلکه تملیک مجانّی است و حداکثر به شرط عوض است و عوض، شرط ضمن العقدی است نه رکن آن و بر فرض تخلّف عوض، هبه باطل نمی شود و حدّاکثر خیار تخلّف شرط پدید می آید.

و امّا صلح معوّض: اساساً حقیقت صلح تملیک نیست [با عوض یا بی عوض] بلکه صلح عبارتست از تسالم طرفین بر امری از امور و هر کجا نتیجه ای می دهد، و بعضی موارد اثر و لازمِ آن تملیک است.

در نتیجه: تملیک به عوض، مخصوصِ بیع بوده و مشترك بین بیع و غیربیع نیست. و لذا اگر موجب بخواهد از ملکّت بکذا، صلح معوَّض یا هبهٔ معوَّضه را اراده نماید، صحّت آن مبتنی است بر بحثی که قبلاً داشتیم که آیا الفاظ عقدی را [مثلاً هبه ـ اجارة و ...] در عقد دیگر [مثلاً نکاح] با نیّت و قصد همان عَقد دیگر، می توانیم بکار ببریم یا نه؟ قبلاً گفتیم: این صحیح نیست.

قوله: ویشهد:

این شاهد مکرّراً بیان شد و نیازی به تکرار نیست.

نتیجه: به عقیدهٔ مرحوم شیخ: ایجاب بیع با لفظ ملکّتُ هم قابل انشاء است.

۴ـ قوله: وامّا الایجاب: آخرین لفظی که در باب ایجاب بیع، مطرح شده، واژهٔ اشتریتُ است. آیا بایع از این لفظ، حق استفاده دارد یا خیر؟

ابتدا می فرماید: مفتاح الکرامه[1] فرموده: بعضی طرفدار صحّت آن

---

(۱) مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۵۰.

شده اند، چنانچه از بعض نسخ تذکرهٔ علاّمه و از دو نسخه از نسخ حاشیهٔ ارشاد[۱] که از تذکره نقل کرده، همین معنا مستفاد است.

قوله: اقول:

سپس مرحوم شیخ در تأیید قول مذکور می فرماید: عدّهٔ زیادی فرموده اند: ایجاب البیع با لفظ بعت و ملکّت و شبه آندو یا آنچه که قائم مقام آندو باشد، واقع می شود. حال کسی را رسد که از کلمهٔ شبههما یا مایقوم مقامهما، این مطلب را استظهار کند که با اشتریتُ هم انشاء بیع صحیح است و کلمهٔ شبههما ... شامل او هم هست.

قوله: اذ:

گویا کسی می گوید: شاید مراد از «شبههما او مایقوم مقامهما» خصوص کلمهٔ شریتُ باشد، واشتریت منظور نباشد.

مرحوم شیخ می فرماید: این بعید است. [زیرا اگر خصوص شریتُ بود، انسب این بود که بگویند: بعتُ وملکّت وشریت، نه شبههما و ... که دارای معنای وسیعی است، یعنی هر آنچه قائم مقام آندو باشد.]

قوله: وحمله:

گویا کسی می گوید: شاید مراد از «شبههما او مایقوم مقامهما» کلماتی باشد که در لغات و زبانهای دیگر [غیر از عربی] به جای بعتُ وملکّت بکار می روند، و آدم عاجز [بنابر اشتراط عربیّت برای قادر] از آنها استفاده می کند [که از اشاره کمتر نیستند.] و ربطی به شریتُ و مانند آن ندارد. [مثلاً در فارسی کلمهٔ فروختم، شبه عربیِ آن باشد و ...] مرحوم شیخ می فرماید: این اَبْعد است [زیرا اگر مراد این بود خوب بود بفرماید: او مایراد فهما من ایّة لغة کانت.]

نتیجه اینکه: مراد از شبههما او مایقوم ... هر آن لفظی است که هم معنا و مرادف

---

(۱) حاشیه ارشاد خطّی است و در اختیار ما نیست.

با بعتُ و ملکّت باشد، پس هر یک از شریتُ واشتریتُ را شامل است. پس ایجاب بیع با لفظ اشتریت هم صحیح است.

قوله: لکنّ:

از اینجا درصدد تخریب ما ذُکر برآمده و می فرمایند: همان اشکالی که در رابطهٔ با شریتُ در مقام ایجاب، مطرح شد [قلّة استعماله عرفاً فی البیع وکونه محتاجاً الی القرینة ...] در ارتباط با اشتریتُ نیز مطرح است. و بلکه به طریق اولی مطرح است. و وجه اولویّت آنست که:

شریتُ در قرآن کریم به معنای بیع و فروختن استعمال شده، و بلکه اساساً در غیربیع بکار نرفته، و همه جا در قرآن در بیع بکار رفته، و معذلک چون استعمال عرفی در بیع نداشت یا کم داشت، ما قبول نکردیم.

امّا اشتریت برعکس است، یعنی در قرآن هر کجا استعمال شده در خریدن بکار رفته است، و عرفاً هم همیشه چنین بکار رفته، پس هیچ مجوّزی برای کاربرد آن در ایجاب البیع، وجود ندارد.

قوله: ودفع:

بعضی ها در صدد دفع اشکال مذکور برآمده و گفته اند: اگرچه اشتریتُ از اضداد است، و کثیراً هم در معنای خریدن بکار رفته، امّا در ما نحن فیه قرینهٔ معیِّنه وجود دارد و ایجاب بودنِ آن را مشخّص می سازد، و آن قرینه عبارتست از: تقدیم اشتریت در مقام ایجاَب، که دلیل بر ایجاب بودن آنست. یا براساس اینکه ما در مباحث آینده طرفدار لزوم تقدیم ایجاب بر قبول خواهیم شد. [و در ما نحن فیه اشتریت مقدّم است، پس نشانهٔ ایجاب بودن است.] و یا تقدیم ایجاب را. و به عبارت دیگر، ترتیب را لازم نمی دانیم ولی غالباً در خارج اوّل ایجاب و دوّم قبول است. و قانون اینست که: الظّن یلحق الشیئ بالاعمّ الاغلب، لذا اشتریتُ را ایجاب به حساب می آوریم، و به هر حال به کمک قرینهٔ معیِّنه،

ایجاب بودن آن تثبیت می شود. و در مقام انشاء کفایت می کند.

قوله: غیرصحیح:

مرحوم شیخ این دفاعیّه را مردود دانسته و می فرمایند: قبلاً گفتیم که: در الفاظ عقود و ایقاعات باید به لفظ اعتماد کرد و تمام مقصود را با الفاظ تفهیم کرد، و قرائنِ غیرلفظیّه کافی نیست. و اینجا شما از قرینهٔ غیرلفظیه [تقدیم اشتریت ...] استفاده کردید.

قوله: الاّ ان:

مگر کسی بگوید: لزوم صراحت یا دلالت لفظیه و قرائن لفظیه، مربوط به مقام تمیز و تشخیص عقدی از عقد دیگر است [مثلاً هبه را از بیع و نکاح و ... تمیز دهیم] ولی ما نحن فیه از این قبیل نیست. [فما قصد لم یقع].

و امّا پس از اینکه عقد معیّن و مشخّص شد و دانستیم که مثلاً بیع است [کما فیما نحن فیه] و سخن در تمیز ایجاب آن عقد از قبولش بود، و به عبارت دیگر سخن در تمیز موجب از قابل، بایع از مشتری بود، قرینهٔ لفظیّه لازم نیست، و قرائن غیرلفظیّه هم کفایت می کند [از قبیل: قرینهٔ مقامیه که در مقام فروختن متاعش اشتریتُ می گوید، و از قبیل: غلبهٔ تقدیم که ذکر شد و از قبیل قرائن دیگر: مثل تبانیِ خارجیِ طرفین.] و نیازی به قرائن لفظیّه نیست.

قوله: وفیه اشکال:

مرحوم شیخ می فرماید: کفایت قرینهٔ غیرلفظیّه حتی در مورد تمیز ایجاب عقد معیّن از قبولِ آن، محلّ اشکال است. و قدر متیقّن اکتفا به قرائن لفظیه است. پس بالاخره مرحوم شیخ به وقوع اشتریت در ایجاب رضا نمی دهند.

نتیجه: به عقیدهٔ شیخ اعظم: بعتُ وملکّت در ایجاب بیع می آیند، ولی شریتُ و اشتریت نمی آیند.

قوله: وامّا القبول:

و امّا بخش دوّم یا الفاظ قبول:

بدون شک قبول بیع را با الفاظ زیر می توان انشاء کرد:

۱ـ قبلتُ

۲ـ رضیت

۳ـ اشتریتُ

۴ـ شریتُ

۵ـ ابتعت

۶ـ تملکّت

۷ـ مَلَکْتُ

تمام اَینها بالمطابقه بر خریدن و مالک شدن دلالت دارند.

سئوال: آیا با لفظ بعتُ، قبول بیع را می توان انشاء کرد؟

جواب: تنها کسی که آن را فرموده: ابن سعید حلّی در کتاب الجامع است[1] ولی صحیح نیست، زیرا اوّلاً غیر او احدی نگفته، ثانیاً از گروهی از اهل لغت نقل شده که: بعت مشترك لفظی است و دو معنی دارد: ۱ـ بیع ۲ـ شراء، و از اضداد است و نتوان در قبول از آن استفاده کرد.

مرحوم شیخ می فرماید: اشکال بعتُ در قبول همانند اشکال اشتریتُ در ایجاب است: [اشتریت اگر چه از اضداد بود و در اصل لغت برای فروختن هم وضع شده بود ولی در عرف عام و استعمالات عرفی معمولاً در غیر بیع یعنی در خریدن استعمال شده بود. وبعتُ هم در اصل لغت از اضداد است، ولی در عرف معمولاً در غیر شراء یعنی در فروختن استعمال شده است. پس، از بعتُ در انشاء قبول نتوان استفاده کرد.

قوله: واعلم:

---

(۱) به نقل جامع المقاصد، ج۴، ص۵۷.

از نهایة الاحکامِ علاّمه ره[۱] و مسالک شهید ثانی ره[۲] نقل شده که آندو فرموده اند: اصل در قبول لفظ قبلتُ است و الفاظ دیگر [اشتریت و ابتعت و ...] بدل از قبلتُ بوده و به جای آن بکار می روند. و دلیل اصالتِ قبلتُ در قبول آنست که: قبول به معنای حقیقیِ کلمه حتماً متفرع بر چیزی است و ابتدا به ساکن معقول نیست. [مثلاً وارد مغازه ای شده و پیش از اینکه مغازه دار بگوید: این پارچه را فروختم، شما بگوئید: من هم قبول کردم، این گفتار شما خنده دار است زیرا هنوز چیزی نیامده که شما آن را قبول کنید.]

ولی ابتدا به کلمات دیگر از اشتریت و ابتعت و ... معقول است. [که شما به فروشنده بگوئید: این ظرف را به هزار تومان از شما خریدم. او هم بگوید فروختم.] و وجه معقولیّت آن در رابطه با مسئله اشتراط تقدیم ایجاب بر قبول در آینده خواهد آمد.

قوله: ثم انّ:

در بیع فضولی خواهد آمد: با الفاظی از قبیل: امضیتُ ـ اجزتُ وانفذت و ... مالک اصلی می تواند بیع فضولی را امضاء کند، ولی آن مال موردی است که معامله ای واقع شده و عقدی بتمامه و کماله محقّق شده، امّا در ما نحن فیه که تنها ایجاب البیع آمده، آیا با الفاظ مذکور می توان قبول را انشاء کرد؟

مرحوم شیخ می فرماید: دو وجه مطرح است.

[۱ـ نمی توان، چون اینها از کنایات اند.

۲ـ می توان، چون قرینهٔ مقامیّه وجود دارد و همان هم کافی است.]

قوله: فرع:

---

(۱) نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۸.

(۲) مسالک الافهام، ج۳، ص۱۷۱.

اگر دو نفر [بایع و مشتری] با الفاظی که میان ایجاب و قبول مشترك اند [شریت، اشتریت و ...] عقد بیع را [یا هر عقد دیگر را] انشاء کردند، [و ما هم این مبنا را اختیار کردیم که انشاء عقد با الفاظ مشترکه بلامانع است.] مثلاً بایع گفت: شریت هذا بهذا، مشتری هم گفت: اشتریت هذا بهذا، سپس در تعیین موجب و قابل، اختلاف کردند، [منشأ اختلاف یکی از دو امر است:

۱ـ یا در آینده قائل خواهیم شد به اینکه ترتیب و تقدیم ایجاب بر قبول لازم نیست. پس در ما نحن فیه ولو روشن است که اوّل چه کسی انشاء کرده ولی هر کدام می تواند ایجاب و قبول باشد و جای نزاع هست.

۲ـ و یا ترتیب را لازم می دانیم امّا نزاع به این صورت است که: هر کدام مدّعیِ تقدّم است.

یعنی زید می گوید: اوّل من انشاء کرده ام سپس بکر، پس من موجب هستم و او قابل، و بکر هم می گوید: اوّل من، بعد زید، ... یا هر کدام ادّعای تأخر دارند.]

در اینجا چه باید کرد؟ می فرماید: اینجا از باب تداعی است یعنی هر کدام مدّعی و منکر می باشند، و جای حکم به تحالف است. و نتیجهٔ تحالف آن است که:

آثار و احکامی که مخصوص بایع است بر هیچکدام مترتب نیست.

آثاری که مخصوص مشتری است [خیار حیوان مثلاً] برای هیچکدام ثابت نیست.

احکام مشترکه [خیار مجلس مثلاً] برای هر دو ثابت است. [چون واقع و نفس الامر خالی از یکی از بایع و مشتری بودن هر یک نیست.]

(۲)
(عربیّت)

قوله: مسئلة:

مطلب اوّل از چهار مطلب شروط الصیغه، در مورد الفاظ ایجاب و قبول بود، و اینکه با چه الفاظی عقد البیع قابل انشاء و ایقاع است؟ و با چه الفاظی نه؟ و امّا مطلب دوّم: آیا صیغ العقود حتماً باید به لغت و زبان عربی باشد، و به لغات والسنهٔ دیگر صحیح نیست و عقد منعقد نمی شود؟ یا عربیّت دخیل نبوده و شرط صحّت عقد نیست و به هر لغتِ دیگر [فارسی - ترکی و ...] هم قابل انشاء است؟ [این بحث هم کلّی است و برای مطلق عقود و ایقاعات نافع است، و بر ما نحن فیه هم که صیغهٔ بیع باشد منطبق می گردد.]

به گروهی از فقهاء عظام از قبیل: سیّدعمیدالدین[۱] و فاضل مقداد[۲] و محقّق ثانی[۳] و شهیدثانی[۴] نسبت داده شده که اینان طرفدارانِ اعتبار و اشتراط عربیّت در عقد می باشند، و می گویند: باید عقد به زبان عربی انشاء شود و مع التمکّن از عربیّت، به زبانهای دیگر، کافی نیست.

(۱)به نقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۶۲.
(۲)التنقیح، ج۲، ص۱۸۴ وج۳، ص۷.
(۳)جامع المقاصد، ج۴، ص۵۹ و ج۱۲، ص۷۴.
(۴)مسالک الافهام، ج۱، ص۴۴۴.

مجموعهٔ دلائل این گروه چهار دلیل است:

دلیل اوّل: تأسّی: محقق ثانی در جامع المقاصد به آن تمسک کرده[۱].

بیان ذلک: فرض اینست که: پیامبر صلی الله علیه و آله و ائمه علیهم السلام صیغ عقود را به عربی انشاء می کردند، و این از مقولهٔ عمل است، زیرا که به زبان نفرموده اند: ایها الناس باید عقد و ایقاع را به عربی انشاء کنید، ولی خود عملاً چنین می کردند، و همانطوری که قول و تقریرِ آنان حجّت است، هکذا فعل معصوم علیه السلام هم حجّت است، پس به حکم آیهٔ شریفهٔ لقد کان لکم فی رسول الله اسوة حسنة لمن کان یرجوالله والیوم الآخر[۲] ما نیز باید به آنان تأسی و اقتدا نمائیم و عقود یا ایقاعاتمان را به عربی انجام دهیم.

دلیل دوّم: اولویّت: به زودی در مسئله بعدی خواهد آمد که انشاء عقد به عربیِ غیرماضی [یعنی به مضارع از عربیّت یا به لفظ امر] صحیح نیست [و حتماً باید به فعل ماضیِ عربی باشد.] پس به غیرعربی به طریق اولی صحیح نخواهد بود. [چون اصل و اساس عربیّت را ندارد و یکدرجه از مضارع عربی هم دورتر است.]

قوله: وفی الوجهین:

مرحوم شیخ می فرماید: هر دو دلیل مذکور ضعیف و غیرقابلِ قبول است:

امّا وجه ضعف دلیل اوّل: همانطور که مستدّل گفت: مسئله، مسئله تأسی به فعل معصوم است. و چون فعل مجمل است باید به قدر متیقن اکتفا شود و با دو شرط در حق ما حجّت و واجب الاتباع می شود:

۱ـ احراز شود که فعل معصوم بر وجه شرعیّت بوده، یعنی به عنوان اینکه عربیّت مشروع بوده و شرع این را تأیید می کند، انجام می دادند. نه به عنوان یک

---

(۱)جامع المقاصد، ج۴، ص۵۹ـ۶۰.

(۲)سورهٔ احزاب، ص۲۱.

امر عادی و روزمرّة و اینکه چون زبان آنها عربی بوده و با عربها سر و کار داشتند به عربی انشاء می کردند و اگر با غیرعرب سر و کار داشتند به غیرعربی انشاء می کردند. و بعید نیست بلکه مطمئناً عربی خواندن عقد از سوی معصوم بر این اساس بوده نه بر وجه شرعیّت، و با این فرض عمل معصوم حجّت نیست، زیرا اعمال عادیِ آنان که در حقّ ما حجّت نیست. و به قول مرحوم شهیدی:

من المحتمل بل المقطوع به کونه من الافعال العادیة صدر منه صلی الله علیه و آله جریاً منه علی لسانه العادی[1].

و به فرموده بعضی دیگر از محشّین:

لایخفی ان البیع وغیره من المعاملات التی وقعت موردالامضاء وسایر الاحکام، امور اعتباریة یعرفها ابناء الملل وسایر الاقوام ولیست اموراً توقیفیة لیقع فعل النبی اوالائمة علیهم السلام مورد التأسی واختیارهم العربیّة فی انشائاتهم باعتبار ان المعاملات کانت من مراداتهم التی کان تفهیمها وتفهمّها فی عرفهم بالعربیّة.[2]

و به فرموده بعضی دیگر:

انّ النبی صلی الله علیه و آله وان کان قادراً علی انشاء العقود والایقاعات بایّ لفظ وبایّة لغة، الاّ انّ قومه کانوا عربیّ اللسان، ولم یکونوا عارفین بسائر اللغات غالباً. وح فعدم صدور الانشاء منه صلی الله علیه و آله بغیر اللغة العربیة انّما هو لعدم ابتلائه بذلك ...[3].

۲ـ بر فرض احرازِ شرعیّت، باید احراز شود که: فعل معصوم علیه السلام بر وجه وجوب بوده نه بر وجه اَستحباب یا اباحه، وگرنه وجوب اتبّاع نخواهد داشت، و

---

(۱) هدایة الطالب، ص۱۹۱.
(۲) ارشاد الطالب، ج۲، ص۱۱۰.
(۳) مصباح الفقاهة، ج۳، ص۳۵.

در ما نحن فیه این جهت هم محرز نیست. پس وجهی برای استدلال به تأسی نیست. و دعوی اصالة الشرعیة فی الاوّل واصالة الوجوب فی الثانی واضحة المنع. وامّا وجه ضعف دلیل دوّم:

اوّلاً قیاس مع الفارق است، زیرا: عربیِ غیرماضی یعنی مضارع و امر، صریح در انشاء نیست، بلکه چنانکه در مسئلهٔ بعدی خواهد آمد، مضارع اَشْبَهِ به وعده است، و امر هم استدعاء است نه ایجاب.

ولی ماضیِ غیرعربی، مثل فروختم در فارسی، صریح در انشاء است. پس اگر عربیِ غیرماضی به جهت عدم صراحت، در انشاء واقع نشد، باعث نمی شود که ماضیِ غیرعربی هم با اینکه صریح است، در انشاء واقع نشود. **ثانیاً** اولویّت مذکور در استدلال بر فرض قبول، یک اولویّت ظنیّة است و باید اولویّت قطعیه باشد تا ارزشمند باشد.

و ثالثاً در مسئله بعدی خواهد آمد که انشاء عقد به لفظ مضارع و امر هم صحیح است پس ما اصل و مشبّه به را قبول نداریم تا شما فرع و مشبّه را به آن قیاس کنید].

دلیل سوّم: قوله: واضعف:

دلیل سوّم از ادلّهٔ اشتراط عربیّت اینست که:

بعضی گفته اند: با تمکن از انشاء عقد به زبان عربی، اصلاً بر انشاء غیرعربی، عقد صدق نمی کند تا مشمول اوفوا بالعقود و احکام دیگر باشد، پس وجودش کالعدم است. [و به فرمودهٔ مرحوم سیّد: واغرب منه ما قیل من انّ غیرالعربیّ لیس بلسان(۱)].

مرحوم شیخ می فرماید: این دلیل از دو دلیل قبلی هم ضعیفتر است. [زیرا که عرفاً و نزد عقلاء عالم بر انشاء غیرعربی هم عقد صادق است. و تردیدی

(۱) حاشیهٔ سیّد بر مکاسب، ص۸۷.

ندارد .]

[دلیل چهارم : این دلیل را مرحوم شیخ بصورت یک دلیل عنوان نکرده ولی در فراز بعدی به آن اشاره ای دارند، و آن عبارتست از : قدر متیقّن .

بیان ذلک : بالاخرة تردیدی نیست در اینکه : معصوم علیه السلام عقد را به عربی انشاء کرده، حال بر وجه شرعیّت یا بر وجه عادت، به هر حال به عربی قدر متیقّن بوده و علی کلّ حالٍ صحیح است . ولی به غیرعربی شک در صحّت آن داریم، از اصالة الفساد استفاده می کنیم، پس به این دلیل باید عربی باشد .

جواب ما اینست که : اکتفا به قدر متیقن، و در مازاد رجوع به اصل فساد کردن، در فرضی است که ما عمومات یا اطلاقاتی نداشته باشیم وگرنه با وجود ادلّهٔ اجتهادی نوبت به این حرفها نمی رسد، و خوشبختانه ما عمومات و اطلاقاتی داریم از قبیل : احلّ الله البیع، تجارةً عن تراضٍ، اوفوا بالعقود و ... که در هیچکدام تقیید یا تخصیص به فرض عربیّت نشده . پس دلیلی بر اعتبار آن نیست .]

قوله : فالاقوی :

مرحوم شیخ پس از طرح و ردّ ادلّهٔ اعتبار عربیّت، می فرمایند : به نظر ما اقوی اینست که : به غیرعربی هم انشاء عقد صحیح است .

[و به فرمودهٔ سیّد : اقول : لاینبغی الاشکال فی عدم الاعتبار، کیف والاّ اشتهرت اشتهار الشمس فی رابعة النهار، اذ کان الواجب علی جمیع اهالی الامصار فی جمیع الاعصار تعلّم الصیغة العربیّة لکل معاملة کتعلّمهم للحمد والسورة اذ کثرة الابتلاء بالمعاملات مما لایخفی، مع انّه لم یرد فی خبر من الاخبار ولا اثر من الآثار ذلک ولو علی سبیل الاشارة والاشعار ...[۱] .

قوله : وهل یعتبر :

تا اینجا اصل مطلب تمام شد، ذیلاً فروعاتی مطرح است : فرع اوّل : بنابر

---

(۱)حاشیهٔ سیّد بر مکاسب، ص۸۷ .

اینکه عربیّت در صیغ عقود شرط باشد، آیا شرط است که عربیِ صحیح و خالی از هر گونه غلطی باشد؟ یا عربی غلط هم کفایت می کند؟

غلط بودن یا از ناحیهٔ مادّه است . [مثلاً زوجّتُ را جوزّتُ می گوید : .] و یا از ناحیهٔ هیئت جملهٔ ترکیبیّه است . [مثلاً شرّکتُ را شَرَکْتُ یا ملکّتُ را مَلَکْتُ می گوید، و یا قواعد دیگر ادبی را در متعلّقات صیغه مراعات نمی کند .] و یا از ناحیهٔ اعراب کلمات است . [مثلاً بجای بعتُ به کسر باء، بَعتُ به فتح باء می گوید، یا بجای بِعْتُ به ضم تاء، بِعْتَ به فتح تاء می گوید و ...] .

و یا از ناحیه تحریف کلمات است . [در هر زبانی عوام الناس کلمات را ناقص و غیرصحیح ادا می کنند و دارای فصاحت و صراحت لهجه نیستند . فی المثل عرب عراق در مقام انشاء عقد نکاح بگوید : زوجتُ موکلتی زینب لموکلک جاسم که قاسم را به جاسم تبدیل کرده یا به آسم تبدیل کند و ... یا عرب لبنانی ج را به ژ تبدیل کرده و می گوید : زوژّتُ ...] .

مرحوم شیخ می فرماید :

بنابر اینکه دلیل ما بر اشتراط اصل عربیّت، قدر متیقّن باشد [دلیل چهارم که قبلاً بیان شد .] باید بگوئیم : غلطَ نبودن الفاظ عقد هم شرط است زیرا همانطور که قدر متیقن، اصل عربیّت را در قبال لغات دیگر، دلالت داشت . هکذا قدر متیقن از عربی هم عربیِ صحیح و خالی از غلط از حیث مادّه یا هیئت یا اعراب است . [و نیز اگر دلیل بر اشتراطِ عربیّت، تأسّی به معصوم باشد باز باید گفت : معصوم به عربیِ صحیح و فصیح انشاء می کرده پس ما نیز باید چنان کنیم، و عربی غلط و ناصحیح کافی نیست .]

قوله : وحکی :

از مرحوم فخرالمحقّقین حکایت شده[1] که وی میان غلط از حیث اعراب و

---

(۱)حاکی مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۶۳ می باشد .

غلط از حیث مادّه فرق گذاشته و فرموده: اگر بجای بِعتُ، بَعْتُ بگوید «غلط اعرابی» اشکالی ندارد و لطمه به عقد نمی زند.

ولی اگر بجای زوّجتُ، جوزّتُ بگوید «غلط در مادّه» عقدش باطل می شود. مگر اینکه شخص توان صحیح اداکردن را نداشته و قدرت فراگیری هم نداشته باشد و حتی قدرت بر توکیل هم نداشته باشد. [که مع العجز جوزّتُ هم مقبول است. چون از اشاره کمتر نیست.](۱)

قوله: ولعلّه:

مرحوم شیخ می فرماید: شاید وجه فرق گذاریِ فخرالدین این است که: در اوّلی یعنی کلمهٔ بَعت هیچ معنا و مفهوم صحیح و معقولی جز انشاء بیع و معاملهٔ خاصّه ندارد، و لذا صحیح است. ولی در دوّمی یعنی جوزّت، خود این واژه معنائی دارد غیرزوجّتُ، و آن تجویز و جایز دانستن است. و لذا استعمال آن در مقام تزویج جایز نیست. [چون نظیر استعمال وهبتُ وآجرت در مورد نکاح است که از کنایات بود و مع النیّة کار تمام می شد و قبلاً مبسوطاً بیان کردیم که این طرز دلالت کافی نیست.]

قوله: ومنه:

ضمناً از وجه الفرق فخرالدین، وضع لغات محرّفه [لغاتی که در میان عامّهٔ مردم بصورت شکسته بسته رائج است. مثلاً در فارسی جهنّم را جهندم می گویند، حضرت را حرضت و ... و در عربی هم قبلاً مثال زدیم.] هم روشن می شود.

و آن اینکه: اگر تحریف لغت موجب تغییر معنی شود. [مثل بعتَ در مقام انشاء به جای بعتُ] استعمالش در عقد جایز نیست. والاّ اشکالی ندارد. [ولی تمام اینها بر فرض اشتراط عربیّت بود، و عندنا اصل اشتراط باطل شد.]

---

(۱)حواشی فخرالدین بر قواعد علاّمه.

قوله: ثمّ:

فرع دوّم: می دانیم که هر یک از ایجاب و قبول اجزائی دارد از قبیل: بعت، هذا الثوب، بمأة درهم و ... حال بنابر اشتراط عربیّت آیا تمام اجزاء ایجاب و قبول [اعمّ از خود لفظ بعتُ و یا متعلقات او که ذکر ثمن و مثمن باشد.] باید به عربی انشاء شود؟ یا انشاء بعتُ فقط به عربی کفایت می کند و انشاء بقیّهٔ اجزاء به فارسی هم جایز است؟

فی المثل حتماً باید بگوید: بعتک هذا الکتاب بعشرة دراهم؟ یا می تواند بگوید: بعتک این کتاب را به ده درهم؟ دو وجه است که بر دو مبنا مبتنی است:

۱ـ بنابر اینکه ذکر همهٔ متعلّقاتِ ایجاب [از ثمن و مثمن و ...] لازم باشد [کما هو المشهور] باید گفت: الاقوَی هو الاوّل، یعنی عربیّت در تمام اجزاء ایجاب لازم است چرا که بر مبنای اشتراط عربیّت، غیرعربی وجودش کالعدم است. پس اگر بگوید: بعتک این کتاب را به ده درهم، گویا اصلاً ذکری از ثمن و مثمن نکرده، و پرواضح است که در عقد تا ثمن و مثمن مشخّص نشود معامله غرری بوده و صحیح نیست.

۲ـ قوله: نعم:

بنابر اینکه ایجاب هم مثل قبول باشد، و همانطوری که در ناحیهٔ قبول قبلتُ به تنهائی کافی است و ذکر متعلقات لازم نیست. [این مطلب اجماعی است] هکذا در ناحیهٔ ایجاب هم ذکر متعلقات در متن عقد لازم نباشد و همین اندازه که از خارج و به برکت قرینهٔ خارجیّه [مثل تبانیِ قبلیِ طرفین] دانسته شوند، کفایت بکند. الاقوی هوالثانی یعنی: عربیّت در بقیّهٔ اجزاء عقد شرط نیست.

قوله: لکن:

این جمله استدراك از نعم ... است و آن اینکه: شهید اوّل ره در کتاب غایة المراد در مسئله تقدیم قبول بر ایجاب، تصریح کرده به اینکه: ذکر عوضین

یعنی ثمن و مثمن در ایجاب واجب است. [شاید از باب اکتفا به قدر متیقّن.] بنابراین وجه ثانی صحیح نخواهد بود.[۱]

قوله: ثم انّه:

فرع سوّم: بالاخره شخص عاقد یعنی غیرعربی که در مقام اجراء عقد، به عربی تکلّم می کند باید فی الجمله معنای عقد را بداند، والاّ بر مجهول مطلق حکم نشاید، ولی کلام در اینست که: بر فرض اعتبار عربیّت.

آیا بر عاقد لازم است که علم تفصیلی به معنای لفظ داشته باشد، یعنی بتواند فرق بگذارد میان: بعتُ [که صریح در انشاء است] و ابیع [که مضارع است و ظهور در وعده دارد.] وانا بایع [که جمله اسمیّه و خبریّه است و ظهور در اخبار دارد.] یا علم تفصیلی لازم نیست و علم اجمالی هم کفایت می کند، یعنی همین اندازه اجمالاً بداند که واژهٔ بیع به معنای فروختن است ولی فرقِ بعتُ با ابیع و ... را نداند؟

می فرماید: علم تفصیلی لازم است، زیرا که عربی بودن که مقتضای طبیعت و ذات کلام نیست، تا به هر قصدی گفت، عربی باشد. بلکه عربیّت به آنست که متکلّمَ لفظ بعتُ را مثلاً بگوید و به قصد همان معنائی که در زبان عربی برای آن وضع شده است، استعمال کند. وگرنه به صرف لقلقهٔ زبان که عربی نشد و کسی نمی گوید: فلانی به عربی تکلم کرد. پس تمیز و علم تفصیلی بین موارد مذکور لازم است.

قوله: بل:

نه تنها علم تفصیلی و تمیز بعتُ از ابیع لازم است، بلکه نسبت به خود این کلمهٔ بعتُ هم که در فارسی به معنای «فروختم» آمده باید عاقد فارسی زبان بداند که «میم» در فروختم بدل از تاء متکلم در بعتُ است و بفهمد که بعتُ غیر از بعتَ

---

(۱) غایة المراد، ص۸۱.

است و متکلم وحده غیر از مخاطب است.

قوله: فلاینبغی:

اگر چه دلیلی بر تعیّن و وجوبِ تمیز به معنای مذکور، نداریم ولی اگر بنا باشد عربیّت معتبر باشد، بجا است که احتیاط را از دست نداده و علم تفصیلی هم پیدا بکند.

قوله: ولذا:

شاهد بر نبود دلیل و بر وجود نظر در تعیّن: بر همین اساس بعضی از فقهاء، تصریح به عدم لزوم شناختِ تفصیلیِ مذکور [میم به جای تُ و ...] نموده اند.

(۳)
(ماضویّت)

قوله: مسئلة:

مبحث سوّم در باب شروط صیغه، راجع به شرط هیئت خصوص هر یک از ایجاب و قبول است: سابقاً دو مثال آوردند:

۱ـ جمله فعلیّه بودن

۲ـ ماضویّت. الآن راجع به اینکه: ایجاب یا قبول باید به صورت جملهٔ فعلیّه باشد یا اسمیّه هم کافی است؟ بحثی ندارد. و علی الظاهر از بحث ماضویّت وضع آنهم روشن می شود. و محور بحث اینست که: آیا باید انشاء عقد به لفظ فعل ماضی باشد و فعل مضارع یا امر کافی نیست؟ یا ماضویّت اعتباری نداشته و غیرآن هم کافی است؟ دو وجه مطرح است:

الف: ماضویّت [مصدر جعلیِ ماضی بودن] شرط است. به چند دلیل:

۱ـ غیرواحدی از فقهاء فرموده اند: اشتراط ماضویّت مشهور است.

۲ـ علاّمه در تذکره[1] ادعای اجماع کرده بر اینکه: بیع به لفظ ابیعک «فعل مضارع» واشتر منّی «فعل امر» واقع نمی شود.

۳ـ مرحوم شیخ می فرماید: شاید دلیل اشتراط این باشد که: فعل ماضی

(۱)تذکرة الفقهاء، ج۱، ص۴۶۲.

صریح در انشاء است [لانّه وان احتمل الاخبار الاّ انّه اقرب الی الانشاء حیث دلّ علی وقوع مدلوله فی الماضی واذا لم یکن ذلک هوالمقصود کان وقوعه الان حاصلاً فی ضمن ذلک الخبر.]

ولی مضارع و امر چنین نیستند، زیرا فعل مستقبل که به وعده شبیه تر از ایجاب است. [و ظهور در وعده دارد و ابیع یعنی خواهم فروخت، یا می فروشم و قصد فروش دارم.] و فعل امر هم که استدعا و تقاضای خریداری کردن است. [که بایع از مشتری این استدعا را دارد.] نه اینکه ایجاب البیع باشد.

۴ـ مضافاً به اینکه: قصد انشاء از فعل ماضی کاملاً مرسوم و متعارف است و در عقود و ایقاعات کثیراً استعمال می شود. ولی فعل مضارع در این مقام قلیل الاستعمال و خلاف متعارف است و لذا ظهور وضعی و لفظی ندارد تا کافی باشد.

ب: قوله: وعن القاضی:

مرحوم قاضی ابن براج در کتاب الکامل[1] والمهذّب[2] فرموده: در صیغ عقود و ایقاعات، ماضویت شرط نیست و به غیرماضی هم قابل انشاء است. باید دید دلیل ایشان چیست؟

شیخ می فرماید: دلیل ایشان یکی از سه دسته روایات و آیات است:

۱ـ اطلاقات و عمومات ادّلهٔ بیع و تجارت و عقود:

آیه فرموده: ﴿احل الله البیع﴾ و نفرموده: البیع الذی یکون بلفظ الماضی ... .

و نیز فرموده: تجارةً عن تراض وتقیید به ماضی بودن نکرده و نیز فرموده: اوفوا بالعقود و نفرموده انْ کان ماضیاً.

۲ـ خصوصات: رِوایات خاصه ای داریم که در ابواب مخصوصی وارد شده

---

(۱)الکامل کتاب خطّی است و در اختیار ما نیست.
(۲)المهذّب، ج۱، ص۳۵۰.

و بر عدم اعتبار ماضویّت دلالت دارند. از جملهٔ آنها:

روایاتی که در بیع عبد آبق وارد شده:

[عن سماعة عن ابی عبدالله عليه السلام فی الرجل یشتری العبد وهو آبق عن اهله؟ قال: لایصلح له الاّ ان یشتری معه شیئاً آخر، ویقول: اشتری منک هذا الشیئ وعبدك بكذا وكذا فان لم یقدر علی العبد كان الذی نقده فیما اشتری منه.[1] محل شاهد در کلمهٔ اَشتری منک است که فعل مضارع است.]

و روایاتی که در بیع شیر در پستان، وارد شده:

[عن سماعة قال: سألته عن اللبن یشتری وهو فی الضرع؟ قال: لا، الاّ ان یحلب لک سکرجة، فیقول: اشتری منک «محل شاهد» هذا اللبن الذی فی السكرجة ومابقی فی ضروعها بثمن مسمی ...[2]].

[و نیز روایاتی که در بیع مصحف در خاتمهٔ مکاسب محرّمه نقل شد که می فرمود: اَشتری منک الورق و ... که به فعل مضارع بود.]

۳ـ فحوی یا مفهوم موافقتِ اخبار باب نکاح:

[روایت می گوید: عن ابی بصیر قال: لابد من ان تقول فیه هذه الشروط: اَتزوجک متعةً «محل شاهد که فعل مضارع است» كذا وكذا یوماً بكذا وكذا درهماً[3] و روایات دیگر.

حال اگر در باب نکاح با آنهمه احتیاطات، انشاء نکاح به فعل مضارع صحیح است پس در باب بیع و مانند آن به طریق اولی صحیح است.

قوله: ولایخلو:

مرحوم شیخ می فرماید: همین قول به عدم اشتراط، خالی از قوّت نیست،

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۶۳، حدیث دوّم، باب۱۱ من ابواب عقد البیع وشروطه.

(۲) وسائل الشیعه، ج۱۲، ص۲۵۹، حدیث دوّم، باب۸ من ابواب عقد البیع وشروطه.

(۳) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۴۶۶و۴۶۷، حدیث۴ و نیز حدیث۱و۲و۳و۵و۶، همین دلالت را دارند.

به شرط اینکه فعل مضارع صراحت در انشاء داشته باشد و نیاز به قرینهٔ مقامیّه نداشته باشد.

قوله: فتأمّل:

[وجه تامّل را از زبان مرحوم شهیدی می آوریم:

اشارة الی انّ هذا المقدار من الصراحة غیر معتبر فی العقد والاّ یلزم عدم صحة العقد بالماضی ایضاً لانّ دلالته علی الانشاء ایضاً محتاجة الی قرینة المقام، فلابد ان یراد من صراحة العقد وعدم حاجته الی القرینة، صراحته من حیث الدلالة علی عنوان المعامله لا من حیث الدلالة علی الانشاء فاذن لامانع من صحة الانشاء بلفظ المضارع.[1]]

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۹۱.

(۴)
(ترتیب)

قوله: مسئلة:

مبحث چهارم از چهار مبحث شرائط صیغه و عقد، در مورد شروطِ هیئتِ مجموع ایجاب و قبول است، و در این رابطه چند بحث مطرح است:

اوّلین مطلب در رابطه با ترتیب میان ایجاب و قبول است:

آیا در عقود ترتیب معتبر و شرط است؟ یعنی الزاماً باید اوّل ایجاب انشاء شود و سپس قبول؟ پس اگر به عکس انشاء شد، یعنی قبول بر ایجاب مقدّم شد عقد باطل می گردد؟ یا ترتیب شرط صحّت نیست و بدون مراعات آن هم عقد صحیح است؟ پس اگر قابل اوّل قبول را انشاء کرد و سپس موجب ایجاب را باید صحیح باشد.

حال قصّه چیست؟ احتمالات، بلکه وجوه، و بلکه اقوال در مسئله پنج وجه است، که هر کدام را با دلائل آن می آوریم:

وجه اوّل: جمع زیادی از فقهاء از قبیل: شیخ طوسی در خلاف[۱] و ابن حمزه در وسیله[۲] و ابن ادریس در سرائر[۳] و علاّمه در تذکره[۴] و فخرالدین

(۱) الخلاف، ج۳، ص۳۹.
(۲) الوسیلة، ص۲۳۷.
(۳) السرائر، ج۲، ص۲۴۳.
(۴) التذکرة، ج۱، ص۴۶۲.

در ایضاح[۱] و محقق ثانی در جامع المقاصد[۲] و بلکه به قولی[۳] اشهر از میان فقهاء برآنند که: ترتیب شرط است، تقدیم ایجاب بر قبول لازم است، و حتماً باید اوّل ایجاب و سپس قبول انشاء شود، وگرنه عقد باطل خواهد بود. [آنهم مطلقاً یعنی چه در باب نکاح و چه ابواب دیگر، چه قبول به لفظ امر باشد یا به فعل ماضی، چه قبول به فعل ماضی با لفظ قبلت ورضیت باشد و چه با لفظ اشتریت و ...].

ادّلهٔ این وجه: برای این وجه به چهار دلیل استدلال شده:

۱ـ اصل: منظور اصالة الفساد وعدم ترتب الاثر است.

بیان ذلک: اگر ترتیب رعایت شود و ایجاب مقدّم باشد، حتماً این عقد صحیح و مؤثّر و موجب نقل و انتقال، یا هر اثر مقصودی است. ولی اگر ترتیب مراعات نشود و قبول را اوّل انشاء کنند، شک در ترتّب اثرِ مقصود [زوجیّت، ملکیّت و ...] پیدا می شود، وعندالشک به اصل اوّلی در معاَملات برمی گردیم و می گوئیم: الاصل الفساد.

۲ـ فرد متعارف و غالب و رائج در میان مردم در باب عقود، آنست که ایجاب بر قبول مقدم باشد، و معمولاً درباب نکاح و مانند آن اوّل ایجاب می آید، و تقدیم قبول یا نادر و یا معدوم است. و وقتی تقدیم ایجاب فرد اکمل و رائج شد، عمومات و اطلاقات وارده در کتاب و سنّت، از قبیل: اوفوا بالعقود، تجارةً عن تراض، احلّ الله البیعَ و ... بر همین فرد متعارف حمل شده، و به آن انصراف پیدا می کنند و در نتیجه جای تمسک به اطلاق یا عموم نخواهد بود.

قوله: للاصل: بعد حمل ...: فلسفهٔ آوردن کلمهٔ بعد ... آنست که تا اطلاق و عموم بر فرد متعارف حمل نشود و به حال خود باقی بماند، نوبت به اصل

(۱)ایضاح الفوائد، ج۱، ص۴۱۲.

(۲)جامع المقاصد، ج۴، ص۶۰.

(۳)قائل جناب علاّمه در مختلف، ج۲، ص۱۷۰ است.

نمی رسد.]

۳ـ بعضی از فقهاء دلیل سوّمی آورده اند که یک دلیل عقلی است، و آن اینکه: قبول فرع بر ایجاب است، قبول تابع ایجاب است، و عقلاً امکان ندارد که فرع مقدّم بر اصل شود، تابع تقدّم بر متبوع پیدا کند. [زیرا یا خلف فرض است که محال و باطل می باشد، و یا تناقض است که محال می باشد، بیان خلف: ما فرضناه متأخراً و فرعاً و تابعاً صار متقدّماً و اصلاً و متبوعاً، بیان تنافی: قبول هم فرع ایجاب باشد و هم نباشد، هم تابع باشد و هم نباشد.] پس بناچار اوّل باید ایجاب محقّق شود و سپس قبول.

۴ـ شهید اوّل در غایة المراد[1] از قول شیخ طوسی در کتاب خلاف، نقل اجماع کرده و به شیخ نسبت داده که: وی مدّعیِ اجماع بر لزوم تقدیم ایجاب بر قبول است.

قوله: ولیس:

این فراز تعریض به حکایت شهید و برداشت او از کلام شیخ است.

بیان ذلک: آنچه در عبارت خلاف آمده اینست که: با تقدیم ایجاب وقوع بیع متفقٌ علیه است، پس به همان باید اخذ شود، [مفهوم این کلام اینست که: با عدم تقدیم ایجاب، صحّت بیع، اتّفاقی نیست بلکه اختلافی است، پس مراد از «متفّقٌ علیه» اجماع مصطلح نیست بلکه منظور اینست که: وقوع بیع با تقدیم ایجاب قدر متیقّن است و با تقدیم قبول، مشکوك است و باید به قدر متیقن اخذ شود. و این یا دلیل دیگری غیر از اجماع است و یا به اصل فساد که دلیل اوّل بود برمی گردد، و به هر حال اجماع مصطلح نیست. و متن کلام خلاف به قرار ذیل است:

انّه اذا قال: بعنیه بالف، فقال: بعتك لم یصح البیع حتی یقول المشتری

---

(۱) غایة المراد، ص۸۱.

بعد ذلك: اشتریت، او قبلت و ... دلیلنا: انّ ما اعتبرناه مجمع علی ثبوت العقد به[۱].]

قوله: خلافاً:

وجه دوّم: جمع کثیر دیگری از فقهاء برآنند که: ترتیب شرط نیست و با تقدیم قبول هم عقد منعقد می شود و صحیح و منشأ اثر است. [باز هم مطلقاً که در وجه اوّل بیان شد و در قبال تفصیلات بعدی است.] نظر شیخ طوسی در مبسوط همین است، وی در کتاب مبسوط، باب البیع، با کتاب خلاف موافقت کرده و طرفدار لزوم تقدیم ایجاب بر قبول شده[۲] ولی به باب النکاح از مبسوط که رسیده از رأی خود عدول کرده و طرفدار جواز تقدیم بر ایجاب شده است.[۳] نه تنها خود فتوی به جواز داده است، بلکه ظاهر کلامش اینست که: در صحت بیع بدون تقدیم ایجاب بر قبول در میان امامیّه خلافی نیست. حال کجا این ادّعا را کرده: آنجا که فرموده:

در باب نکاح تقدیم قبول بر ایجاب، آن هم به لفظ امر، جایز است و کسی در مسئله مخالف نیست، و نحوه تقدیم مذکور آنست که: مرد به کسی می گوید: «زَوِّجنی فلانةَ» یعنی فلان زن را برای من تزویج کن، او هم بعداً می گوید: زوّجتکها ... کافی است.

سپس فرموده: امّا در بیع، اگر مشتری به بایع بگوید: «بعنیها» که طلب بیع و استیجاب است، و بدنبال آن بایع بگوید: بعتُکها، باز نزد ما امامیه «محلّ شاهد» و نزد گروهی از مخالفین جایز است. ولی نزد عدّهٔ دیگر از عامّه کافی نیست و حتماً باید ایجاب سابق بر قبول باشد و بدنبال «بعتُکها» حتماً باید قبلت را بگوید. این بود کلام شیخ طوسی در مبسوط.

---

(۱) الخلاف، ج۲، ص۱۹۹.

(۲) المبسوط، ج۲، ص۸۷، کتاب البیوع.

(۳) المبسوط، ج۴، ص۱۹۴، کتاب النکاح.

قوله: وکیف کان:

اینکه به شیخ طوسی در مبسوط، نسبت داده اند که وی طرفدار قول اوّل است و تقدیم ایجاب بر قبول را واجب و لازم می داند، براساس رأی شیخ در کتاب بیع از مبسوط است.

و امّا در باب نکاح: کلام شیخ صریحاً بر جواز تقدیم قبول دلالت داشت. و غیر از شیخ در مبسوط عدّه ای از فقهاء عظام هم طرفدار همین وجه ثانی هستند و تصریح به جواز تقدیم قبول کرده اند، از قبیل: محقّق اوّل ره در شرایع[1] و علاّمه ره در تحریر[2] و شهید اوّل و ثانی در برخی از کتابهایشان[3] و گروهی از متأخرین از شهیدین[4].

ادّلهٔ وجه ثانی: در مجموع سه دلیل اقامه شده:

۱ـ ادّعای اجماع: در کلام شیخ در مبسوط که گذشت.

۲ـ عمومات و اطلاقات، از قبیل: اوفوا بالعقود، احلّ اللّه البیع و ... که خوشبختانه چیزی که صلاحیّت برای تخصیص یا تقیید اینها را داشته باشد، وجود ندارد، و از این حیث عمومات سالم اند، [اشاره به ادّلهٔ وجه اوّل است، از قبیل: فرد متعارف بودن تقدیم ایجاب بر قبول، که بلاشک مانع از تمسک به اطلاق یا عموم نیست. وگرنه هیچ مطلقی یا عامّی در عالَم سالم نمی ماند و قابل تمسّک نبود. و مسئله اصل هم که روشن است که: الاصل دلیلٌ حیث لادلیل و ...].

۳ـ فحوا و مفهوم موافقت باب نکاح: در باب نکاح به حکم روایاتی چند،

(۱) شرائع الاسلام، ج۲، ص۲۷۳.
(۲) تحریر الاحکام، ج۱، ص۱۶۴.
(۳) الدروس، ص۳۳۴ و مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.
(۴) از قبیل: اردبیلی ره در مجمع الفائده، ج۸، ص۱۴۵ و سبزواری در کفایة الاحکام، ص۸۹.

تقدیم قبول بر ایجاب جایز است. و ترتیب لازم نیست، اگر در نکاح چنین باشد در ابواب دیگر بطریق اولی چنان خواهد بود. و برای نمونه دو روایت را متعرض می شوند:

۱ـ روایت ابان بن تغلب، قال: قلت لابی عبدالله عليه‌السلام: کیف اقول اذا خلوت بها؟ قال: تقول: اتزوّجک متعةً علی کتاب الله وسنّة نبیّه لا وارثة ولا موروثة کذا وکذا یوماً، وان شئت کذا وکذا سنة، بکذا وکذا درهماً، وتسمّی من الاجر ما تراضیتما علیه قلیلاً کان او کثیراً، فاذا قالت: نعم فقد رضیت وهی امرأتک وانت اولی الناس بها[1].

این خبر در ارتباط با کیفیّت صیغهٔ نکاح موقّت وارد شده و مشتمل بر صحت تقدیم قبول بر ایجاب است، که قبول همان: اتزوّجک ... است. و ایجاب همان نَعَمْ است که بعدش آمده و از زن صادر شده است.

۲ـ روایت سهل ساعدی که در کتب فریقین نقل شده، که آن نیز دالّ بر جواز تقدیم قبول بر ایجاب است. آن هم قبول به لفظ امر بر ایجاب مقدّم شده و متن روایت اینست:

روی سهل الساعدی انّ النّبی صلى‌الله‌عليه‌وآله جائت الیه امرأة فقالت:

یا رسول الله صلى‌الله‌عليه‌وآله انّی قد وهبت نفسی لک، فقال: لاَاَرَبَةَ «نیازی ندارم» لی فی النساء، فقالت: زوّجنی «فعل امر و به معنای توکیل و اذن در وکالت است» بمن شئت من اصحابک.

فقام رجل فقال: یا رسول اللّه زوّجنیها «فعل امر و استدعای ازدواج و قبول آن است».

فقال: هل معک شیئ تُصدقها؟ فقال: والله ما معی الاّ ردائی هذا.

فقال: ان اعطیتها ایّاها تبقَی ولا رداء لک. هل معک شیئ من القرآن؟

---

(۱) وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۴۶۶، باب ۱۸ من ابواب المتعة، حدیث اوّل.

فقال: نعم سورة کذا. فقال: زوّجتکها علی ما معک من القرآن[۱].

[وجه سوّم: این وجه را مرحوم شیخ به صورت جدا ذکر نکرده اند ولی اجمالاً می گوئیم: بعضی ها میان باب نکاح با ابواب دیگر، تفصیل داده و در باب نکاح، تقدیم قبول بر ایجاب را تجویز کرده اند ولی در ابواب دیگر، تقدیم قبول را جایز ندانسته اند. شاید دلیل آنها این باشد که:

امّا در نکاح: دلیل خاص و اخبار مخصوص[۲] است که دو نمونه اش قبلاً ذکر شد و تقدیم قبول را تجویز می کرد. و امّا در ابواب دیگر: دلیل خاصّی بر جواز تقدیم قبول نداریم، و لذا به اصل اوّلی که اصالة الفساد باشد رجوع می کنیم. پس در آنها تقدیم جایز نیست.]

قوله: والتحقیق:

وجه چهارم یا نظریّهٔ شیخ اعظم وی در دو مقام بحث می کنند:

۱ـ راجع به خصوص بیع

۲ـ راجع به عقود دیگر

امّا راجع به بیع: ایشان هم طرفدار تفصیل هستند و می فرمایند: الفاظ قبول در یک تقسیم سه دسته می شوند:

۱ـ الفاظی از قبیل: قبلت، رضیت، امضیت و ...

۲ـ قبول که به لفظ امر یعنی استیجاب باشد مانند: بعنیها و ...

۳ـ الفاظی از قبیل: اشتریت، ابتعت، مَلَکْتُ، شریتُ، تملکّتُ و ...

حال هر قسمی را جداگانه بررسی می کنیم:

امّا قسم اوّل یا قبلت و رضیت و ...:

---

(۱) مستدرك الوسائل، ج۲، ص۵۶۳، باب اوّل از ابواب عقد نکاح و اولیاء عقد حدیث۴ و سنن بیهقی، ج۷، ص۲۴۲.

(۲) اخبار باب ۱۸ وسائل الشیعه، ج۱۴، ص۴۶۶ تا ۴۶۸ که شش روایت است.

در این بخش رأی مرحوم شیخ با قول اشهر و اکثر که همان وجه اوّل بود، موافق است و می فرمایند: حتماً باید قبول متأخر از ایجاب باشد و اگر متقدّم شد عقد باطل است. و برای این مطلب به چهار دلیل استدلال می کنند:

۱ـ نفی خلاف: مرحوم فاضل میسی در میسیّه[۱] و شهید ثانی در مسالک[۲] و محقّق اردبیلی در مجمع الفائده[۳] فرموده اند: در عدم جواز تقدیم قبول به لفظ قبلت، هیچ خلافی نیست. و نیز از نهایة الاحکام[۴] و کشف اللثام در باب نکاح[۵] همین مطلب حکایت شده، و غیرواحدی از متأخّر المتأخرین هم همین رای را دارند.

۲ـ ادعای اجماع: علاّمه در تذکره[۶] ادّعای اجماع کرده بر عدم جواز تقدیم قبول به لفظ قبلتُ که از نفی خلاف بالاتر است.

۳ـ تقدیم قبول خلاف متعارف از عقد است، و اطلاقات و عمومات به فرد متعارف، انصراف دارند. [که قبلاً تشریح شد.]

۴ـ عمده دلیل مرحوم شیخ همین است و آن اینکه: قبولی که یکی از دو رکن عقد می باشد [و رکن دیگر ایجاب است.] فرع بر ایجاب است، و تقدّم فرع بر اصل [یا تابع بر متبوع] معقول نیست. [للزوم الخلف او التناقض کما مرّ] پس حتماً باید متأخر باشد.

قوله: ولیس المراد:

در واقع این فراز توضیح و تبیین استدلال و دفع هر گونه اشکالی است، بیان

---

(۱)به نقل مفتاح الکرامه، ج۴، ص۱۶۵.
(۲)مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.
(۳)مجمع الفائدة والبرهان، ج۸، ص۱۴۶.
(۴)نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۸.
(۵)کشف اللثام، ج۱، ص۷.
(۶)التذکرة، ج۲، ص۵۸۲.

ذلک: نخست ماهیّت کار بایع و مشتری را تشریح می کنیم:

آیا همان کاری را که بایع می کند، مشتری هم انجام می دهد؟ یا دو کار است و دو ماهیّت دارد؟ در اوائل کتاب البیع هم این مطلب عنوان شد، آنجا که در تعریف بیع فرمودند: انشاء تملیک عینٍ بعوض، و به ایشان اشکال شد که این تعریف بر شراء هم که کار مشتری است صدق می کند، پس مانع اغیار نیست. آنجا در جواب فرمودند: بایع در عالم انشاء و اعتبار دو کار می کند و دو مقصود دارد:

۱ـ کار اصلیِ او همان تملیک عین است یعنی با انشاء بیع و گفتن بعتُ یا ملکّتُ در عالم اعتبار آن علقهٔ ملکیّتی را که میان او و متاع بود از خود کنده و از گردن خود برداشته و به مشتری منتقل می کند و به گردن او می بندد و میان مشتری و متاع ایجاد عُلقه می کند. و معنای مطابقیِ بعتُ همین است، و آنکه مقصود بالاصالة است و اوّلاً و بالذات، منظور بایع است همین است.

۲ـ کار تبعی و ضمنیِ او هم اینست که: از آن رهگذر که مجّاناً تملیک نمی کند بلکه معاوضه می نماید و قهراً عوضی در کار است و جای خالی متاع او را در ملک او باید پر کند، پس بالتبع، قبول ملکیت کرده و ثمن را به ملک خود درمی آورد. [فی المثل در تکوینیات، بایع چیزی را که در دست و آغوش او است به سوی مشتری پرت می کند، و سپس در مقابل و به جای آن چیز، دست دراز کرده یا آغوش باز کرده و چیزی را از مشتری می گیرد. پس کار اصلیِ او دادنِ مبیع و کار تبعیِ او ستاندنِ ثمن است.] حال در اعتباریّات همین دو کار را در عالمِ اعتبار انجام می دهد.

متقابلاً مشتری هم در عالم اعتبار و جعل دو کار می کند و دو مقصود در طول هم دارد:

۱ـ کار اصلی او همان تملّک و قبول متاع است یعنی با گفتن قبلتُ یا

اشتریت، آن علقهٔ ملکیت را به گردن خود گذاشت و به انشاء بایع پاسخ مثبت داد، و معنایِ مطابقیِ قبلتُ همین است. و آنکه اوّلاً و بالذات و اصالةً هدف مشتری بود همین است.

۲ـ کار ضمنی و تبعی و التزامیِ او هم آنست که: چون مجّاناً متاع را نگرفته و مالک نشده، بلکه به عوضی مالک شده است. بناچار باید جای خالیِ متاع را پر کند و وجهی را به فروشنده بپردازد و علقهٔ ملکیتی را که بین او و ثمن بود با انشاء قبول، از گردن خود برداشته و به گردن فروشنده بگذارد و به او منتقل کند. [فی المثل در تکوینیات، مشتری مانند کسی است که اوّل آغوش باز کرده یا دست دراز کرده و چیزی را از کسی می گیرد، و سپس در ازاء آن چیزی را به کسی می دهد.]

پس هر دو انشاء نقل و انتقال دارند ولی فروشنده بالمطابقه انشاء نقل و بالتضمن انشاء انتقال دارد و خریدار بالمطابقه انشاء انتقال یا قبول می کند و ضمناً انشاء نقل دارد، و انشاء، نقلِ او ضمنی است.

با حفظ این مطلب می گوئیم: سخن در اصل رضا به امری از امور نیست [از قبیل رضا به قضاء و قدر الهی و ...] تا شما بگوئید: در این جهت فرقی نیست میان چیزی که در گذشته تحقق یافته، یا چیزی که هم اکنون در حال جریان است؛ و یا چیزی که در آینده اتفاق خواهد افتاد. مطلق الرضا به امری از امور که رکنی از ارکانِ عقد نیست.

و نیز سخن در مجرّد رضایت به ایجاب هم نیست [که در واقع نوعیِ اخبار و اعلان و اظهار آمادگی است.] تا شما بگوئید در این جهت فرقی نیست میان رضا به ایجابی که گذشته یا ایجابی که بعداً خواهد آمد. و رضا به امری از امور مستلزم تحقّق آن امر قبل از این رضا نیست. خیر اینها مورد بحث ما نیست. چرا که چنین رضا به ایجابی رکنی از عقد نیست.

بلکه سخن در آن رضا به ایجاب و قبول ایجابی است که یکی از دو رکن عقد است و دارای دو ویژگی است:

۱ـ اگرچه بالمطابقه قبول ایجابِ موجب یعنی قبول ملکیت و زوجیّت و ... است ولی متضمّن یک انشاء نقلی هم هست. یعنی چون معاوضه است، قابل ضمن قبول، یک انشاء نقل و تملیکی هم انجام می دهد، و آن اینکه: ثمن و عوض را از ملک خود به ملکِ موجِب منتقل می کند. پس با گفتن: رضیت وقبلت تنها از یک رضای باطنی به یک امری اخبار نمی کند، بلکه انشاء نقل هم می کند.

۲ـ و این انشاء نقل هم یک انشاء نقل حالی و فعلی و حین انشاء القبول است یعنی با همین قبلتُ گفتن انشاء نقل کرده و ثمن را به ازاء مثمن به موجِب منتقل می کند، نه با چیز دیگر، یا با همین قبول ولی در مستقبل، خیر فی الحالَ و بالفعل انشاء نقل می کند [و به زودی خواهد آمد که یکی از شروط عقد تنجیز است.]

حال که مفاد قبولِ رکن العقدی عبارت شد از: رضا به ایجاب همراه با انشاء نقلِ ثمن فی الحال ... می گوئیم: اگر قبول و رضا پس از ایجاب بیایند، مفاد مذکور محقّق گردیده و نقل حالی محقّق می شود. ولی اگر قبول پیش از ایجاب بیاید، فعلاً انشاء نقلی صورت نگرفته، و صرفاً اخبار از انشاء نقل در آینده است. و در نتیجه رکن عقد محقّق نشده و عقد صحیح نخواهد بود.

قوله: ومن هنا:

مختار ما این شد که: اگر قبول عقد با لفظ قبلت و رضیت باشد حتماً باید قبول متأخر از ایجاب باشد وگرنه اثر ندارد. و دلیل ما هم قانون تبعیّت و مسئلهٔ فرعیّت بود با توضیحاتی که دادیم. حال بعض المحقّقین [به قولی مرحوم

صاحب جواهر مراد است[۱] و به قولی مرحوم بحرالعلوم در مصابیح[۲]] مدّعی شده اند که: قبول به هر لفظی که باشد تقدّمش بر ایجاب بلامانع است، حتی اگر به لفظ قبلت و رضیت باشد.

و از دلیل ما که مسئله تبعیّت بود جواب داده و ردّ کرده اند، و حاصل سخن این بعض، آنست که: ما هم تبعیّت و فرعیّت قبول نسبت به ایجاب را قبول داریم، ولی می گوئیم: این تبعیّت از نوع تابع بودن لفظی برای لفظ دیگر نیست. [آنگونه که در ادبیّات در علم نحو مبحث توابع می گویند: صفت تابع موصوف است، معطوف تابع معطوف علیه است، بدل تابع مبدل منه است و هکذا تاکید و عطف بیان و ... که همیشه صفت با وصف صفت بودن، از موصوف خود متأخر است و امکان تقدّم ندارد، مثلاً بجای رأیتُ انساناً کریماً نتوان گَفت: رأیتُ کریماً انساناً، آری بصورت اضافهٔ صفت به موصوف معقول است و می توان گفت: فی سائمة الغنم زکاة، یا در تاکید لفظی یا معنوی نتوان گفت: جائنی زیدٌ زیدٌ و اوّلی را مؤکّد قرار داد، یا جائنی نفسه زیدٌ، حتماً باید گفت: جائنی زیدٌ نفسه او عینه، جائنی الناس کلهم اجمعون و ...].

و نیز از قبیل تبعیّت قصدی از قصد دیگر هم نیست. [آنگونه که در ارادهٔ مقدّمه و ذی المقدّمه مطرح است که ذی المقدّمه مراد و مقصود بالذّات است «مثل حجّ» و مقدّمه «قطع مسافت» مراد و مقصود است امّا به تبع ارادهٔ حج، و در واقع اراده ای از حج به قطع مسافت ترشّح کرده است. وگرنه قطع مسافت نصب سلّم و ... ذاتاً مطلوبیتی ندارند یا مثلاً بر مبنای ارسطو که خیر کثیر در کنار شرّ قلیل است. خیر کثیر مقصود اصلیِ آفریدگار است. و شرّ قلیل از آنجا که لازمهٔ خلقت است. مقصودِ تبعیِ آفریننده خواهد بود.]

---

(۱) به مفتاح الکرامه، ج۴، ص۱۶۵ مراجعه شود.
(۲) کتاب مذکور در اختیار ما نیست.

و نیز از قبیل تبعیّت معلول از علّت تامّه نیست که خارجاً و تکویناً وجود معلول صد در صد تابع وجود علّت تامهٔ خود است و تا علّت نباشد معلولی هم نیست.] زیرا که در تمام این موارد [لفظ از لفظ، قصد از قصد و ...] تبعیّت، یک امر حقیقی و واقعی است و تابع جعل جاعل و اعتبار معتبر و فرض فارض و تنزیل منزِّل و ادّعای مدّعی نیست و لذا تقدّم تابع بر متبوع و فرع بر اصل ممتنع است.

امّا تبعیّت قبول از ایجاب یک تبعیّت فرضی و جعلی و تنزیلی است. یعنی قابلی که انشائی را قبول می کند خود را در این مقام فرض می کند و می بیند که آنچه را از سوی موجب به طرف او القاء و افکنده می شود، متناول و گیرنده است. [البته این در عالَم اعتبار است، شبیه اینکه تکویناً آغوش گشوده و توپی را که به سمت او پرتاب می شود، می گیرد.] و متقابلاً موجبی هم که انشاء بیع می کند خود را در این مقام فرض می کند که گویا چیزی را به دیگری می دهد و به سمت او پرتاب می کند. [باز اینها در عالم اعتبار و با انشاء لفظی همراه با نیّت، انجام می گیرد و شبیه آنست که: خارجاً کسی متاعی در دست دارد و آن را به سوی کسی پرتاب می کند.]

قوله: کما یقول:

بعض مذکور ما نحن فیه را به باب سائل و گدا تشبیه کرده که پیشاپیش به غنی می گوید: من به آنچه که تو اعطاء کنی راضی و خشنودم، من آنچه را که تو بدهی قبول می کنم. [در حالی که اعطاء در آینده صورت می گیرد.]

در نتیجه: قابل متناول و گیرنده است و در این جایگاه خود را می بیند و فرض می کند. مطلقاً یعنی چه انشاء قبولش متقدم بر ایجاب باشد و چه متأخر، [و بالجمله ملاك رضا به ایجاب است که به امر استقبالی هم قابل تعلّق است.]

نتیجه: با محاسبهٔ مذکور، تقدیم قبول بر ایجاب صحیح و جایز است

«مطلقاً» یعنی حتّی اگر قبول به لفظ قبلت و رضیت باشد.

البته اگر اجماع برخلافی در میان نباشد، یعنی از نظر قواعد و محاسبات و عقلاً تقدیم قبول بلامانع است. حال اگر از نظر اجماع که دلیل تعبّدی است، مخالفتی مطرح بود بحث دیگری است و ما تسلیم هستیم وگرنه قانوناً تقدیم بلامانع است.

قوله: ووجه الفساد:

مرحوم شیخ در جواب از بعض المحققین می فرمایند: از مطالبی که در رابطه با تحلیل قبول رکنی [قبولی که رکن عقد است، نه هر قبول و رضائی] بیان کردیم و گفتیم: قبول عبارتست از: رضایتِ قابل به ایجابِ موجب، همراه با دو خصوصیّت: انشاء نقل ضمنی و فی الحال بودن ... جواب این بعض داده شد و بطلان این نظریّه آشکار گشت.

و در اینجا اضافه می کنیم: منظور از قبلتُ و رضیت اصل رضا به امری از امور نیست تا شما بگوئید: این تابع تحقّق آن شیئ نیست و با مثال سائل مطلب را توضیح دهید بلکه منظور ما از رضایت و قبول، آن رضا و قبولی است که یکی از دو رکن عقد محسوب می گردد که همراه با انشاء نقل فی الحال و بالفعل باشد. و چنین خصوصیتی تنها در فرض تقدیم ایجاب و تأخیر قبول وجود دارد و در فرض تقدیم قبول محقّق نیست.

نتیجهٔ نهائی: به عقیدهٔ مرحوم شیخ: قبول در باب عقود اگر با لفظ قبلت و رضیت باشد حق با مشهور است و ترتیب لازم است و بدون آن عقدی منعقد نمی شود. [جان کلام اینجا است که: آیا قبول رکنی مجرّد رضایت به ایجاب است؟ تا فرقی میان متقدم و متأخر نباشد، سخن بعض المحققین همین بود و برخی از محشّین مکاسب نیز همین را تقویت کرده اند. یا رضا به ایجاب همراه با دو ویژگی مذکور است؟ تا فرق باشد میان قبول متقدّم و متأخّر، مختار شیخ ره

همین بود.]

قوله: ومّا ذکرنا:

بخش دوّم از الفاظ قبول یا قبول به لفظ امر:

[مثلاً مشتری به بایع بگوید: بِعنی هذا الشیئ و بایع در اجابت خواستهٔ او بگوید: بعتک ایّاه یا مرد به زن بگوید: زوّجنی نفسک، و زن در جواب بگوید: زوجّتک نفسی و ...].

سئوال: آیا تقدیم قبول به لفظ امر، بر ایجاب جایز است یا خیر؟

شیخ ره می فرماید: از مطالبی که در رابطه با دستهٔ اوّل از الفاظ قبول، یعنی قبلتُ و رضیت آوردیم، حکم دستهٔ دوّم یعنی قبول به لفظ امر هم روشن می گردد، و آن اینکه: تقدیم قبول به لفظ امر هم جایز نیست.

به دلیل اینکه: بِعنی یا زوجّنی و ... که فعل امر و طلب بیع یا تزویج می باشد، حداکثر مفادش اینست که: من به آن معاوضه یا نکاحی که در آینده و پس از این طلب و استدعاء انجام می گیرد راضی هستم، ولی باز مسئله مسئلهٔ مجرّد رضا به ایجاب است و این مقدار کافی نیست و رکن عقد نیست. آنکه رکن عقد است آنست که همراه با این بعْنی، انشاء نقل هم بکند و ثمن را بالفعل و فی الحال به بایع منتقل بکند، نه در آینده و پس از بیع، پس قبول رکنی نیامده، پس صحیح نیست.

نتیجه: قبول به لفظ امر اصلاً صحیح نیست چه مقدم باشد یا مؤخّر، نه اینکه تقدیمش جایز نیست ولی تأخیرش جایز است. زیرا که تقدیم که منع شد، به بیانی که گذشت، و تأخیر هم ممنوع است [به اینکه پس از بعتُ تازه بگوید: بعنی.] و وجه منع آنست که: طلب الحاصل است وهو محال. پس سالبه به انتفاء موضوع است. و به عقیدهٔ ما قبول فقط به صورت فعل ماضی و حداکثر فعل مضارع صحیح است ولی به لفظ امر صحیح نیست.

قوله: وامّا مایظهر:

در مقابل نظریّهٔ مذکور، از کلمات شیخ طوسی در مبسوط استفاده می شود که: قبول به لفظ امر هم واقع می شود، و برای جواز دو دلیل اقامه شده که در این فراز آندو را طرح کرده و جواب می دهیم:

دلیل اوّل: ادعای اجماع: شیخ در مبسوط در رابطه با بیع و تقدیم قبولِ آن به لفظ امر فرموده: صحت چنین قبولی اجماعی است. [بعداً عبارت مبسوط بطور کامل نقل خواهد شد.]

مرحوم شیخ می فرماید: به زودی [در فراز بعدی: ثم اعلم ...] خواهی فهمید که: اکثر فقهاء متقدم و متأخر مخالف جواز عقد به لفظ امر هستند. و با وجود مخالفت اکثر، چه جای اجماع است؟ چنین اجماعی موهون است.

دلیل دوّم: فحوای روایاتِ نکاح: اگر درباب نکاح قبول به لفظ امر [زوّجنی] صحیح باشد پس در ابواب دیگر به طریق اولی صحیح خواهد بود. [چه آن مقدار احتیاط که در نکاح هست در آنها نیست.] مرحوم شیخ دو جواب می دهند:

۱ـ ما حکم جواز قبول به لفظ امر را در خود اصل [مشبه به ـ مقیس علیه یا باب نکاح] قبول نداریم تا چه رسد به فرع، و وجه عدم قبول آنست که: در این رابطه دو روایت بیشتر نیست و هر دو قابل جواب است:

یکی روایت سهل ساعدی است که قبلاً آوردیم و صحابی پیامبر ﷺ گفت: زوّجنیها و پیامبر ﷺ فرمود: زوّجتکها، می گوئیم: مِن المحتمل که در آن قضیّه، زوّجنیها قبول نباشد و صحابی به آن اکتفا نکرده باشد، بلکه پس از زوّجتکها گفتنِ پیغمبر، آن مرد قبلت را انشاء کرده باشد، [منتها در روایت نقل نشده است.]

ومؤیّد این احتمال آنست که: اگر زوّجنی قبول باشد لازمه اش فصل طویل میان قبول و ایجاب است [که همان سئوال و جوابهای مذکور در حدیث باشد.] و

فصل طویل مُخِلّ به موالات بوده و موجب بطلان عقد است. پس بعید نیست که بدنبال ایجاب، قبولی آمده باشد، واذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.

و دیگری روایت ابان بود [قبلاً آوردیم] که آنهم اوّلاً قبولش به لفظ مضارع [اتزوّجک ...] بود نه فعل امر، پس از بحث اجنبی است. و ثانیاً قصور دلالی دارد زیرا فرمود: فاذا قالت نعم ... که ظاهرش اکتفا به نعم در مقام ایجاب است و این صحیح نیست، زیرا چنانکه سابقاً گفته آمد، الفاظ ایجاب در باب نکاح عبارتند از: انکحت، زوّجت، متّعت، و نعم کنایه است و وقوعش در ایجاب گیر دارد.

۲ـ بر فرض قبول حکم مذکور در اصل [باب نکاح] می گوئیم: قیاس مع الفارق است و ما فحوی را نمی پذیریم، زیرا باب نکاح خصوصیّتی دارد که در سایر ابواب نیست و براساس همین خصوصیّت، قبول به لفظ امر تجویز شده است. و نتوان حکم ابواب دیگر را به آن قیاس کرد. [در المکاسب می خوانیم: صحة تقدیم القبول اذا کان بلفظ الامر علی الایجاب فی النکاح لامرین:

الاوّل: استحیاء المرأة فی الدور السابق فی الابتداء بالایجاب فانّها کانت تتمیز بالحیاء البالغ فلاتُقدم علی الایجاب، فلذا جوّز الشارع تقدیم القبول علی الایجاب فی النکاح.

الثانی: انّ الزواج امر مرغوب جداً، لکونه باعثاً لبقاء النسل، و موجباً لدفع العنت والشهوة ... وهذان الامران لایوجدان فی البیع وبقیّة العقود ...[1]].

[همینجا احتمال پنجم را در مسئله عنوان می کنیم، و آن تفصیل بین قبول به صیغهٔ امر با قبول به غیر امر است که اگر به لفظ امر باشد مطلقاً تقدیم جایز است چه در باب نکاح و چه غیر نکاح، و اگر به لفظ ماضی و مضارع باشد مطلقاً تقدیم

(۱) المکاسب، ج۷، ص۶۴.

جایز نیست چه در نکاح یا غیره، چه به لفظ قبلت و رضیت یا غیره، این احتمال هم در کتاب جداگانه عنوان نشده است.]

قوله: ثمّ اعلم:

اصولاً آیا تقدیم قبول به لفظ امر [بعنی، زوّجنی، شرّکنی و ...] بر ایجاب صحیح است یا نه؟ به عبارت دیگر: آیا انشاء قبول به لفظ امر [در قبالِ ماضی و مضارع] جایز است؟ و بدین وسیله عقد منعقد می شود یا نه؟ [چون به لفظ امر، معنا ندارد که متأخر باشد. وگرنه طلب حاصل و تحصیل حاصل است. پس اگر صحیح باشد، فقط به صورت تقدیم قبول خواهد بود.] دو نظریّه مطرح است:

الف ـ اکثر فقهاء امامیّه برآنند که: تقدیم قبول به لفظ امر، صحیح نیست.

[نکته: به قول مرحوم شهیدی: عبارت شیخ نارسا است چون فرموده: اختلافاً کثیراً بین الاصحاب، و ظاهرش آنست که: چند قول مختلف و متفاوت، وجود دارد. در حالی که دو قول بیشتر نیست، پس انسب این بود که بجای عبارت مذکور، می فرمودند: خلافاً لاکثر الاصحاب.(۱)]

قوله: قال فی المبسوط:

در این فراز عبارات فراوانی از قدماء و متأخرین، نقل می کنند که شاهد و گواه عدم جواز تقدیم قبول به لفظ امر است:

۱ـ شیخ در مبسوط(۲) فرموده:

اگر مشتری به فروشنده بگوید: «بعنیها بالف» یعنی این جنس را به هزار درهم به من بفروش. و بایع بگوید: «بعتکها» یعنی آن را به شما فروختم، نزد جماعتی صحیح است. ولی به نظر من «شیخ طوسی» اقوی آنست که: صحیح نیست، و بدین وسیله عقد منعقد نمی شود. مگر اینکه بدنبال «بعتک» گفتن، مشتری

---

(۱) هدایة الطالب، ص۱۶۲.

(۲) المبسوط، ج۲، ص۸۷.

قبول کند و «اشتریت» را بگوید.

۲ـ همین شیخ طوسی در کتاب خلاف[1] هم عدم جواز را اختیار کرده است.

۳ـ ابن زهره ره نیز در کتاب غُنیه، تصریح به عدم جواز و عدم صحت نموده است و فرموده: ما حصول ایجاب را از بایع، و قبول را از مشتری، شرط کردیم تا بدین وسیله از انعقاد بیع با استدعاء مشتری حذر کرده باشیم.

و استدعاء یا استیجاب و ایجاب آنست که: اوّل مشتری بگوید: «بعنی» سپس بایع بگوید: بعتک، به نظر ما بدین وسیله بیع منعقد نمی شود. و استیجاب کافی نیست. مگر اینکه بدنبال «بعتک» از سوی بایع، مشتری «اشتریت» یا «قبلت» بگوید. وگرنه کافی نیست.[2]

۴ـ ابن ادریس حلّی ره هم در سرائر مثل سیدبن زهره، تصریح به عدم صحت نموده و فرموده: تقدیم قبول به لفظ امر یا استیجاب و ایجاب صحیح نیست.[3]

۵ـ ابن حمزه نیز در کتاب وسیله تصریح به عدم جواز نموده است.[4]

قوله: وعن جامع:

تا اینجا عبارات قدماء بود، و اینک برخی از کلمات متأخرین:

۱ـ محقق ثانی در جامع المقاصد فرموده: از ظاهر فقهاء استفاده می شود که: این حکم «عدم جواز تقدیم قبول به لفظ امر» اتّفاقی و اجماعی است.[5]

و همین ادعای اجماع از ظاهر یا صریح [بسته به تعبیر غُنیه است که ظاهر یا نص باشد.] کلام ابن زهره، نیز حکایت شده است.

---

(۱) الخلاف، ج۳، ص۳۹، مسئله ۵۶.

(۲) غنیة النزوع، [الجوامع الفقهیة]، ص۵۲۴.

(۳) السرائر، ج۲، ص۲۴۹.

(۴) الوسیله، ص۲۳۷.

(۵) جامع المقاصد، ص۵۹، ج۴.

۲ـ شهید ثانی در مسالک فرموده: عدم جواز تقدیم قبول به لفظ امر، مشهور است[۱] و ادّعای شهرت فتوائیّه نموده است.

۳ـ بلکه بعضی از فقَها[۲] مدّعی شده اند که: هر کس در صحت بیع، ایجاب و قبول را شرط می داند، ظاهرش اینست که: تقدیم قبول به لفظ امر، صحیح نیست. [یا از باب اینکه ظاهر تعبیر مذکور آنست که: اوّل ایجاب باشد و بعد قبول، پس تقدیم به لفظ امر را خارج کرد، و یا از باب اینکه: متبادر به ذهن از کلمهٔ قبول، غیر از امر و طلب معاوضه است.]

ب: **قوله: ومع ذلك كلّه:**

نظریّه دوّم در مسئله عبارتست از: جواز تقدیمِ قبول به لفظ امر [برخلاف اکثر یا مشهور که رأی اوّل بود.] طرفداران این نظریّه عبارتند از:

۱ـ شیخ طوسی در کتاب مبسوط درباب نکاح فرموده:

تقدیم قبول به لفظ امر به بیع [یعنی اینکه مشتری بگوید: بعنی ...] جایز است. و تعبیر به عندنا کرده که به قرینهٔ سیاقیّه، مشعر به اجماع است. [منظور از قرینهٔ سیاقیّه آنست که: بعدش فرموده: عامّه دو گروهند: عدّه ای مجوّز و عدّه ای مانع اند، از این استفاده می شود که: خاصّه و امامیّه دو گروه نیستند و کسی در جواز تقدیم مخالف نیست.]

فرمایشات شیخ طوسی در مبسوط از این قرار است:

هر گاه دو نفر با یکدیگر عقد نکاح را انشاء کنند، اگر ایجاب بر قبول مقدّم باشد، یعنی زن بگوید: زوجتکّ نفسی، یا وکیل زن بگوید: زوجتک موکلّتی ... و مرد یا وکیلش بگویند: قبلت التزویج، قطعاً صحیح است. [و قدر متیقّن همین است که: اوّل ایجاب و دوّم قبول باشد.]

---

(۱) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.

(۲) مفتاح الکرامه، ج۴، ص۱۶۱.

در باب بیع هم اگر ایجاب بر قبول تقدم داشته باشد حتماً صحیح است و کسی در آن مخالفتی ندارد. و امّا اگر ایجاب متأخر از قبول باشد و قبول جلوتر انشاء شود. اگر در باب نکاح باشد، یعنی مرد بگوید: زوجنیها «به فعل امر» و زن یا وکیلش بگوید: زوجتکّها، باز صحیح است و عقد نکاح منعقد می شود حتی اگر پس از ایجاب، مرد قبول را اعاده هم نکند. [یعنی به همان قبول به لفظ امر اکتفا کند.] و دلیل صحت روایت سهل ساعدی است. که مردی عرض کرد: زَوجنیها یا رسول اللّه ﷺ و پیامبر فرمود: زوّجتکها بما معک من القرآن. وقبول بر ایجاب مقدم شد. و امّا اگر در باب بیع مشتری بگوید: بعنیها، وبایع بگوید: بعتکها، نزد ما «امامیّه» صحیح است.

«محل شاهد همین جمله است» ولی نزد عامّه اختلافی است. برخی صحیح می دانند، و برخی صحیح نمی دانند و می گویند: حتما باید ایجاب جلوتر از قبول باشد.[۱]

پس شیخ در مبسوط طرفدار جواز تقدیم قبول به لفظ امر است.

۲ـ قاضی ابن براج هم در کتاب الکامل فرموده: تقدیم قبول به لفظ امر، بر ایجاب جایز است.[۲]

۳ـ قوله: بل یمکن:

نه تنها شیخ طوسی و قاضی ابن براجّ، طرفدار جواز وقوع عقد به لفظ امر هستند؛ بلکه به کلیّهٔ کسانی که به طور مطلق تقدیم قبول را بر ایجاب تجویز کرده اند [از قبیل: محقق ـ علاّمه ـ شهیدین و... که قبلاً در وجه ثانی از وجوه مسأله ذکر شد.] این حکم قابل اسناد و نسبت است. زیرا اطلاق کلامشان قبول به لفظ امر را هم شامل است. پس قائلین به جواز هم عدّهٔ قابل توجهی هستند.

(۱)المبسوط، ج۴، ص۱۹۴.
(۲)به نقل از مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۶۱.

قوله: وتمسّك:

این جـمله در واقـع مکمّل جـملهٔ قـبلی و دفع توّهم است و آن اینکه: شـاید کسی به ذهنش برسد که مراد از قبول در کلام آن جماعت، قبول به لفظ ماضی است [کما هو المتبادر والمتعارف من لفظ القبول] ولی مطلقا یعنی چه به لفظ قبلت و رضیت و چه به لفظ اشتریت و ابتعت و... و اطلاق کلام آنان به لفظ امر را شامل نیست.

مرحوم شیخ برای دفع این توهم می فرماید: منظور ما کسانی هستند که از طرفی تقدیم قبول را تجویز کرده اند و از طرفی برای جواز تقدیم قبول بر ایجاب در باب نکاح به حدیث سهل ساعدی تمسک کرده اند که قبول به لفظ امر [زوّجنی] مقدّم شده بود. [و به حکم فحوا و اولویّت در سایر ابواب هم تجویز می شود.] و این تمسّک شاهد آنست که: اطلاق کلام، قبول به لفظ امر را نیز شامل است.

قوله: الاّ انّ:

این فراز استثناء و استدراك از بل یمکن... است.

بیان ذلک: انتساب مذکور به همهٔ مطلقین [مطلق آورندگان تقدیم قبول بر ایجاب] صحیح نیست، زیرا برخی از آنان در جای دیگر تصریح کرده اند که مرادشان قبول به لفظ امر نیست. به عنوان مثال:

محقّق در شرایع(۱) از طرفی تصریح کرده به جواز تقدیم قبول بر ایجاب [که ظاهر کلام اطلاق دارد و نگفته: قبول به لفظ ماضی، بلکه «قبول» فرموده که به لفظ امر را هم می گیرد.] ولی در جای دیگر و از طرف دیگر تصریح کرده که عقد بیع به شیوهٔ استیجاب و ایجاب [که همان تقدیم قبول به لفظ امر باشد.] صحیح نیست و منعقد نمی شود. [این تصریح آن اطلاق را خراب می کند.]

علاّمه ره نیز از طرفی در تقدیم قبول بر ایجاب تردید کرده [و احتمال آن را

---

(۱)شرائع الاسلام، ج۲، ص۱۳.

داده است.] و این فراز اطلاق دارد و قبول به لفظ امر را شامل می شود. ولی از طرفی هم صریحاً فرموده: ما با اشتراط ایجاب و قبول [که ظاهرش اینست: اوّل ایجاب باشد و بعد قبول] همانگونه که معاطات را خارج کردیم [که مفید ملک نیست و عقد صحیح نمی باشد.] هکذا استیجاب و ایجاب را هم [که قبول به لفظ امر است و مقدم شده] خارج کردیم. [این تصریح جلو آن اطلاق را می گیرد. و به علاّمه هم آن نسبت ناتمام است.]

قوله: و کیف کان:

نسبت مذکور به این بزرگان صحیح باشد یا نه، عقیدهٔ ما آنست که: در باب بیع و مانند آن تقدیم قبول به لفظ امر صحیح نیست. [ولو در باب نکاح به دلیل خاصّ صحیح باشد.] و دلیل ما همان است که قبلاً بیان شد. [که قبول به لفظ امر فقط طلب معاوضه در آینده است وگرنه بالفعل انشاء ملکیّتی در کار نیست ...]

قوله: بل:

قبلاً بحثی داشتیم که: در قبول آیا ماضویّت شرط است یا نه؟ عدّه ای شرط دانستند، و عدّه‌ای قبول نکردند، حال بر مبنای اوّل یعنی اشتراط ماضویّت می گوئیم: بلکه حتی اگر بر فرض محال تقدیم قبول به لفظ قبلتُ و رضیت صحیح باشد، باز به لفظ امر صحیح نیست. چون ماضویّت ندارد.

قوله: ثم انّ:

تمام این بحثهایی که در رابطه با قبول به لفظ امر و جواز یا عدم جواز آن، مطرح شد بر مبنای مشهور بود که اوّلاً معاطات را مفید ملک ندانستند و فرمودند: باید انشاء قولی باشد، و ثانیاً مطلق قول را هم مفید ملک و لزوم ندانستند بلک قول خاص یعنی صیغهٔ مخصوص را معتبر دانستند [مثلاً در بیع: بعتُ و قبلت را] و ثالثاً صیغه را هم با شرائط خاص [مراعات ترتیب و ...] مفید و مؤثر در لزوم دانستند. نه مطلقا، بر این مبنا حتماً باید قبول به لفظ ماضی باشد و به فعل امر

کافی نیست.

امّا بر مبنای ما که بیع عرفی را مفید ملک دانستیم، و معاطات هم بالاتفّاق بیع عرفی بود، پس معاطات هم مفید ملک شد، و از طرفی اصل در ملک را هم لزوم و ملک لازم قرار دادیم و جواز را خلاف اصل گرفتیم، می گوییم: قاعده این بود که معاطات هم مفید ملک لازم باشد، ولی از آنجا که بالاجماع در لزوم قول معتبر بود و معاطات دارای قول نبود، حکم به لزوم نکرده و با اجماع مخالفت نکرده و گفتیم: در لزوم انشاء لفظی معتبر است و امّا اینکه لفظ خاص و صیغهٔ مخصوصی در بین باشد، لازم نیست و به هر لفظی که آن قصد باطنی ابراز شود کفایت می کند. بر این مبنا می گوییم: هر جا اجماع بر عدم لزوم داشتیم، تابع آن هستیم، و آن دو باب است:

۱ـ باب معاطات که به کلّی معامله خالی از لفظ باشد.

۲ـ باب معامله به الفاظی که بالاجماع دالّ بر لزوم نیستند. [مثل و هبتُ که مفید لزوم نیست.] و امّا هر جا اجماعی نبود، طبق اصل و قاعده حکم به صحت و لزوم می کنیم. و در ما نحن فیه یعنی قبول به لفظ امر، اجماع بر عدم صحّت و لزوم آن قائم نشده، و مسأله مختلفٌ فیها است. پس حکم به صحّت و لزوم نموده و می گوییم: به عقیدهٔ ما تقدیم قبول به لفظ امر کاملاً صحیح و قانونی است.

قوله: وقدعرفت:

این سخن هم مؤیّد ما است که: شیخ طوسی در مبسوط و ابن برّاج در الکامل تصریح کردند به جواز وقوع قبول به لفظ امر، و بلکه با تعبیر «عندنا» ادّعای اجماع هم کردند.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: ادّعای اجماع شیخ طوسی موهون است، زیرا اکثر فقهاء و از جمله خود شیخ در کتاب خلاف، مخالف بود. ولی مهمّ نیست و

ما دنبال اجماع بر وفاق نیستیم، چون اصل و قاعده را داریم و مهم آنست که اجماع بر خلاف نباشد که خوشبختانه نیست.

قوله: وان کان:

بخش سوّم از الفاظ قبول: الفاظی از قبیل: اشتریت، ابتعت، مَلَکْتُ، و تملّکت و مانند آن است: آیا در این بخش تقدیم قبول بر ایجاب جایز است؟ یا خیر؟

می فرمایند: ما در این بخش با وجه اوّل یعنی رأی اشهر موافقیم و تقدیم را جایز می دانیم به دلیل اینکه: اشتریت و مانند آن، از قبیل قبلتُ و مانند آن، نیست که دارای معنای مطاوعه و قبول اثر بوده و فرع و تابع ایجاب بود و قابل تقدیم نبود بلکه همانطوری که بایع با گفتن «بعتُ» انشاء معاوضه و ملکیّت می کند. هکذا مشتری هم با گفتن اشتریت مستقیماً و ابتداءً انشاء ملکیت می کند. معنای «بعت هذا بکذا» اینست که با همین جمله انشاء کردیم ملکیت کتاب را در مقابل صد درهم، معنای «اشتریت هذا بکذا» نیز همان است.

پس عقلاً و شرعاً و عرفاً هیچ مانعی ندارد که اوّل بایع بگوید: این کتاب را به صد تومان فروختم، یا ابتدا مشتری بگوید: این کتاب را به صد تومان خریدم.

قوله: الاّ انّ:

گویا کسی می گوید: اگر اشتریت مثل بعت مستقیماً انشاء ملکیّت است ما از کجا بفهمیم که کدام ایجاب و کدام قبول است تا آثار هر کدام بر آن مترتّب شود؟
جواب: همانطوری که قبلاً در رابطه با قبلت و رضیت، ماهیّت کار بایع و مشتری را تحلیل کردیم، یکبار دیگر آن را به تحلیل می نشینیم:

هریک از بعت و اشتریت انشاء ملکیّت است، لکن بایع که بعت می گوید، در حقیقت ملکیّت مال خودش «مثلاً کتاب» را برای رفیقش یعنی مشتری انشاء می کند، البته نه مجاناً بلکه در قبال مال رفیق «مثلاً صد تومان» و مشتری که

می گوید: «اشتریت» در حقیقت ملکیت مال رفیقش را «یعنی کتاب بایع را» برای خودش انشاء می کند، البتّه در عوض مبلغی را هم به بایع می دهد و تملیک می کند. پس در حقیقت هر کدام دو ادخال در ملک و دو اخراج از ملک دارند.

امّا بایع: حقیقتاً مال خودش را از ملک اخراج کرده و به ملک مشتری ادخال می کند. و ضمناً ثمن را از ملک مشتری اخراج کرده و در ملک خود ادخال می نماید.

و امّا مشتری: حقیقتاً و بالمطابقه مال بایع را در ملک خود ادخال نموده و ضمناً مال خود را از ملک خویش اخراج کرده و در ملک بایع ادخال می نماید.

منتها هریک از اخراج و ادخال در عقد بایع با لفظی ادا می شود.

امّا ادخال: در ناحیهٔ بایع که ثمن را به ملک خود درمی آورد با لفظ «بکذا» و ذکر عوض است. و در ناحیهٔ مشتری که مثمن را در ملک خویش داخل می کند با خود واژهٔ اشتریت است. و امّا اخراج: به عکس ادخال است: یعنی در ناحیهٔ بایع که مثمن را به ملک مشتری منتقل می کند با خود صیغهٔ بعت است. و در ناحیهٔ مشتری که ثمن را از ملک خود اخراج می کند با لفظ «بکذا» است.

پس کار اصلی بایع اخراج از ملک و کار تبعی او ادخال در ملک است. و کار اصلی مشتری ادخال در ملک و کار ضمنی اش اخراج از ملک است.

قوله: وحینئذٍ:

با تحلیلی که به عمل آمد، می گوییم: در حقیقت اشتریت و اخوات آن من حیث هی «با قطع نظر از مسأله تقدم و تأخر آن نسبت به ایجاب» معنا و مفهوم قبول و مطاوعه نخوابیده است تا قابل تقدیم بر ایجاب نباشد.

منتها از آن رهگذر که غالباً در خارج اشتریت به دنبال بعت می آید، و معمول چنین است. و واضح است که وقتی پس از ایجاب بود یعنی اوّل بایع بعت را گفت و سپس مشتری قبلت را گفت و انتقال مثمن را به مال خود انشاء کرد در

قبال عوض، بالعرض معنای مطاوعه تحقّق پیدا می کند. [و انشاء ... مبتدا و یوجب ... خبر است، و اطلق جواب لمّا].

حال چون بالعرض معنای مطاوعه حاصل می شود از این رو نام اشتریت را قبول گذارده. و بر آن عنوان قبول را اطلاق کرده اند. وگرنه بالذات چنین است.

حال که اطلاق قبول در گرو تأخیر اشتریت از بعت شد، پس اگر این تأخیر محقّق نشد یعنی اوّل اشتریت گفته شد، دیگر جای توّهم مطاوعه هم نیست و محذوری هم پیش نمی آید.

قوله: لانّ:

اگر کسی می گوید: حالا که اشتریت مقدم شد چه مانعی دارد که نسبت به نقل و انتقال ثمن بگوییم: مشتری موجب و ناقل است و بایع هم قابل و مطاوع است و از این ناحیه قبول درست شود؟ در جواب می گوییم: آنکه در بیع بالاصالة مقصد طرفین است همان مثمن است که فروشنده می فروشد و خریدار هم برای رفع ما یحتاج زندگی می خرد، وامّا ثمن نقش اصلی را بازی نمی کند و تابع است یعنی مشتری با اشتریت گفتن ملتزم شد و به عهده گرفت که ثمنی بپردازد و بایع هم با بعت گفتن باز بالالتزام و ضمناً انتقال ثمن به خود را انشاء کند وگرنه مدلول مطابقی بعت و اشتریت، انتقال ثمن و انشاء آن مستقیماً نیست، و موجب و قابل بودن به لحاظ معنای مطابقی است نه التزامی.

قوله: وقدصرّح:

در این فراز شاهدی اقامه می کنند برای اینکه: در حقیقت اشتراء، معنا و مفهوم قبول نخوابیده است:

علاّمه ره در نهایة الاحکام[۱] و شهید ثانی در مسالک[۲] تصریح کرده اند به

---

(۱) نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۴۸.

(۲) مسالک الافهام، ج۱، ص۱۷۱.

اینکه : اشتریت قبول حقیقی نیست و بدل از آن است که در عرف بجای آن بکار می رود و اصل در قبول قبلت است. زیرا که قبول حقیقی همان مطاوعه و گرفتن چیزی و انشاء التزام به چیزی است که از ایجاب غیر، حاصل می شود، و چنین قبولی ابتدا به آن جایز نیست. برخلاف لفظ اشتریت که ابتدا به آن بلامانع است.

قوله: ومرادهما:

منظور این دو بزرگوار این نیست که: اشتریت اصلاً قبول واقع نمی شود تا منافی باشد با آنچه ما آوردیم که: اگر اشتریت بدنبال تملیک بایع باشد دارای معنای مطاوعه و قبول خواهد بود. بلکه منظورشان اینست که: اشتریت بنفسه و فی نفسه و من حیث هو دارای معنای قبول نیست. نه اینکه بالعرض هم نباشد. چه اینکه رضیتُ بالبیع خود به خود معنای انشاء نقل را ندارد مگر پس از ایجاب بیاید. و معنای اصلی آن مطاوعه است. پس فی الواقع اشتریت بارضیت متعاکسان هستند:

اشتریت مطلقاً انشاء ملکیت است چه مقدم ذکر شود و چه مؤخر ولی اگر پس از ایجاب آمد به معنای مطاوعه خواهد بود. ورضیت چه متقدم باشد و چه متأخر مطاوعه است و اگر متأخر بود انشاء ملکیت است.

[نکته: چهار باب است که به معنای مطاوعه یعنی قبول الاثر آمده:

۱ـ **باب تفعّل** که برای مطاوعهٔ فَعَلَ آمده مثل کسرت الکوز فتکّسر.

۲ـ **باب تفاعل** که برای مطاوعهٔ فاعَلَ آمده مثل باعدته فتباعد.

۳ـ **باب انفعال** که برای مطاوعهٔ فَعَلَ آمده مثل قطعته فانقطع.

۴ـ **باب افتعال** که برای مطاوعهٔ فَعَلَ آمده مثل جمعته فاجتمع.

و معنای مطاوعة در شرح نظام چنین آمده: انّه قَبِلَ الفعل «ای المصدر» ولم یمتنع و در شرح تصریف چنین آمده: حصول الاثر عَند تعلّق الفعل المتعدی بمفعوله.]

قوله: فان قلت:

مقدّمه:

از لحاظ مقام ثبوت و تصوّر و احتمالات، سه قسم متصوّر است:

۱ـ عقد از دو ایجاب ترکیب یافته باشد.

۲ـ عقد از دو قبول فراهم شده باشد.

۳ـ عقد از یک ایجاب و یک قبول فراهم شده باشد.

از لحاظ مقام اثبات و تصدیق: احتمال اوّل و دوّم باطل و برخلاف اجماع است.

پس احتمال سوّم متعیّن است، و هوالحقّ.

با حفظ این مقدّمه، مستشکل می گوید: قبول بیع مطلقاً باید از ایجاب متأخر باشد و تقدّم جایز نیست، حتّی در مثل اشتریت.

بیان ذلک: اجماع قائم است بر اینکه در هر عقدی یکی از دو رکن عقد قبول است. آنگاه اگر اشتریت و امثال آن متأخر از ایجاب باشد، و بدنبال انشاء تملیک بایع باشد؛ دالّ بر قبول اثر خواهد بود، چون پیشاپیش فعل و تأثیر آمده، و «اشتریت» قبول آن فعل و انفعال در برابر آن است.

و در نتیجه رکن عقد محقّق شده و عقد صحیح است.

و امّا اگر اشتریت مقدّم بر ایجاب، انشاء شود، انشاء مستقلّی بوده و بر انشاء ملکیّت مشتری نسبت به کتاب در برابر صد تومان، دلالت می کند و معنا و مفهوم خاصّ قبول که مطاوعه و قبول اثر باشد که فرع بر وجود فعل و تأثیر است، محقّق نمی شود، و وقتی قبول نیامد، عقد از دو ایجاب تشکیل خواهد شد و در اسلام عقد مرکبّ از دو ایجاب نداریم و برخلاف اجماع است.

پس برای تحقّق ایجاب و قبول ناگزیر باید قبول به هر لفظی که باشد [منجمله بالفظ اشتریت و ...] پس از ایجاب ذکر شود، پس ترتیب مطلقاً لازم و

معتبر است .

قوله: کما لونوی:

انشاء تملک مشتری پیش از انشاء ایجاب بایع ، همانند دو نمونۀ زیر است :

۱ـ اگر کسی تملّک و مالک شدن یکی از مباحات عالم [ارض موات مثلاً] را نیّت کند، با نیّت تملّک اگر حیازت کرد و ... مالک می شود، ولی بر این مالک شدن هرگز قبول صدق نمی کند، چون مطاوعه و انفعال صادق نیست . چون فعلی و تأثیری نیست تا انفعال و تأثری باشد، کسری نیست تا انکساری باشد .

۲ـ اگر کسی نسبت به مال لقطه و یافت شده با شرایطی که در باب خود آمده ، نیّت کرد که این مال ، ملک او باشد، با نیّت تملّک مالک می شود ولی بر آن قبول صدق نمی کند. پس هنگامی قبول صادق است که فعلی و تأثیری باشد .

قوله: قلت:

مرحوم شیخ از اشکال مذکور جواب می دهند، و قبل از آن مقدّمه ای می آوریم: قبول دارای دو معنی است :

۱ـ قبول بالمعنی الاخصّ: و آن عبارتست از مطاوعه و قبول اثر که فرع و تابع فعل و تأثیر است ، مانند کسرت الکوز فانکسر، که انکسر قبول است .

۲ـ قبول بالمعنی الاعمّ: که عبارتست از رضا به ایجاب یا انشاء بایع ، همراه با انشاء نقل و ملکیّت از سوی مشتری ، چه پیش از انشاء بایع باشد و چه پس از آن ، واضح است که در قبول به این معنی وجود فعل و تأثیر قبل از آن ، شرط نیست ، و قبول به این معنا هم می تواند قبل از ایجاب باشد مثل اشتریت و هم بعد از آن بیاید .

با حفظ این مقدّمه: ما نیز قبول داریم که: به حکم اجماع هر عقدی باید از ایجاب و قبولی فراهم آید لکن آن مقداری که مسلّم و قطعی است قبول به معنای اعمّ است ، یعنی از آنجا که معامله است و باید عَن تراض باشد، باید قابل حین

القبول هم راضی به ایجاب باشد و با طیب نفس آن را بپذیرد نه با اکراه و هم ضمناً با ابراز رضایت، انشاء ملکیّت نماید، و بیش از این لازم نیست.

و قبول به این معنی در اشتریت و مانند آن هست یعنی مشتری با طیب نفس می گوید:

اشتریت هذا بکذا، و بدین وسیله انشاء تملکّ می نماید، چه قبل بیاید و چه بعد باشد. و امّا اینکه خصوص قبول به معنای اوّلی و اخصّ کلمه شرط باشد، یعنی مشتری انشاء انفعال و قبول و مطاوعه نسبت به نقل و فعل بایع بکند، هیچ دلیلی ندارد. پس با تقدیم اشتریت هم عقد مشتمل بر ایجاب و قبول بوده و از این ناحیه محذوری نخواهد داشت.

قوله: فقد تحصّل:

با بیاناتی که ذکر کردیم به این نتیجه می رسیم که: تقدیم قبول به لفظ اشتریت بلامانع است. و در خصوص این بخش از الفاظ قبول با گروه دوّم از پنج قول در مسأله موافق هستیم [یعنی با محقق در شرایع، علامه در تحریر، شهیدین و... که قبلاً ذکر شد.]

قوله: بل هو:

در اوّل مسأله به اشهر فقهاء نسبت داده شد که: ترتیب لازم است و تقدیم قبول بر ایجاب به هیچ وجه جایز نیست[حتی اگر از قبیل اشتریت باشد...] ما تا به حال نتیجه گرفتیم که: این تقدیم جایز است، و در این نظر موافقینی هم داشتیم حال می خواهیم قدمی فراتر گذاشته و بگوییم: بلکه عدّه‌ای از همان اشهر فقها هم با ما موافق هستند واطلاق کلام آنها ملاك نیست.

بیان ذلک: از جملهٔ اشهر شیخ طوسی در خلاف بود، وی در کتابش در مقام منع از انعقاد عقد، تنها یک صورت را متعرض شده و آن استیجاب و ایجاب است

و فرموده: بیع به این شکل منعقد نمی شود[1]، [غیر این صورت را منع نکرده بلک تجویز کرده است و اطلاق کلامش قبول به لفظ ماضی و مضارع را می گیرد، ماضی به لفظ قبلت و اشتریت را شامل می شود، و به لفظ اشتریت هم پیش از ایجاب باشد یا بعد از آن را شامل است.

قوله: و قدعرفت:

اگر کسی بگوید: بین دو باب [استیجاب و ایجاب با تقدیم قبول به لفظ اشتریت.] ملازمه وجود دارد و چنانچه بیع به صورت استیجاب و ایجاب منعقد نشود پس بصورت اشتریت و بعت هم منعقد نخواهد شد. مرحوم شیخ دفع دخل کرده و می فرماید: هیچ ملازمه ای بین البابین نیست و قبلاً این مطلب را دانستی. [آنجا که فرمود: بل یمکن نسبة ... .

سپس فرمود: الاّ انّ المحقّق ... و العلاّمة ... ، و نیز آنجا که فرمود: بل لو قلنا بکفایة التقدیم بلفظ قبلت یمکن المنع هنا بناء علی اعتبار الماضویة ...]

و از جملهٔ اشهر سیّد بن زهره در غنیه است:

وی ابتدا بطور مطلق فرموده: ما ایجاب و قبول را شرط می دانیم، سپس فرموده با این شرط از دو باب احتراز کردیم:

۱ـ معاطات [که مفید ملک نیست].

۲ـ استیجاب و ایجاب[2] [و امّا از تقدیم قبول به لفظ اشتریت و مانند آن احتراز نکرد، و اگر این را قبول نداشت حتماً باید متعرّض می شد و از آن اجتناب می کرد پس اطلاق کلامش این فرض را نیز شامل است.]

و از جملهٔ اشهر آقای ابو الصلاح حلبی در کتاب الکافی فی الفقه است: ایشان هم در مقام بیان شرائط انعقاد بیع، مسألهٔ تقدیم ایجاب بر قبول را به عنوان

---

(۱) الخلاف، ج۳، ص۳۹، مسألهٔ ۵۶.

(۲) غنیة النزوع، ص۵۲۴.

یکی از شروط انعقاد، مطرح نکرده در حالی که اگر شرط می دانست حتماً ذکر می کرد، پس شرط نیست، پس تقدیم قبول هم جایز است.[۱]

قوله: والحاصل:

خلاصه اینکه: جمع کثیری از همین اشهر تصریح به لزوم ترتیب و عدم جواز تقدیم قبول حتی به لفظ اشتریت، نکرده اند، بلکه از اطلاق کلامشان جواز تقدیم، استفاده می شد. و تنها کسی که از قدماء تصریح به عدم جواز نموده، جناب ابن ادریس حلّی و ابن حمزهٔ طوسی[۲] است. آنگاه با وجود دو نفر و مخالفت اکثر، از شهید اوّل در غاية المراد تعجّب نمی کنید که: از قول شیخ طوسی در کتاب خلاف بر لزوم تقدیم ایجاب بر قبول، نقل اجماع کرده است؟ حتماً جای تعجّب دارد.

مخصوصاً اینکه در کلامش شیخ طوسی برای عدم کفایت استیجاب و ایجاب، اینگونه استدلال شده که: ما عدای این فرض صحّتش متفق علیه [قدر متیقن] است ولی صحّت این فرض مشکوك است. [و به اصالة الفساد رجوع می شود.] و بیش از این شیخ در خلاف مطلبی نگفته پس شهید چگونه به ایشان ادّعای اجماع را نسبت داده است؟ [و کلمهٔ ماعداه در عبارت شیخ در خلاف، از موصولات و مفید عموم است و از جملهٔ اشتریت و بعت را شامل است. و خود شیخ هم مجوّز است.] سپس شیخ اعظم به جان شریف خود قسم می خورند و می فرمایند: اینهمه مخالفتها اجماع منقول را [بر فرض بودنش] موهون ساخته و از اعتبار می اندازد و ما در نظایر مانحن فیه کراراً با بیان مخالفت اکثر به این اجماعات تاخته ایم و در خود کتاب مکاسب تا به حال نمونه های فراوانی داشته ایم:

---

(۱) الکافی فی الفقه، ص۳۵۲.

(۲) الوسیلة، ص۲۳۷.

قوله: نعم:

تا به حال بطور جزم به این نتیجه رسیدیم که: تقدیم قبول به لفظ اشتریت جایز است. ولی با نعم از آن مطلب استدراك کرده و می گوییم:

با توجه به اینکه: متعارف و معهود در باب عقود، و فرد غالب و رایج از آنها به صورت تقدیم ایجاب بر قبول است.

و با توجه به اینکه: فرقی بین این مسأله [ترتیب] و مسألهٔ بعدی[موالات] از این حیث وجود ندارد، و موالات را از راه متعارف بودن ثابت می کنیم. پس علی القاعده باید ترتیب را هم از همین راه ثابت کنیم و اطلاقات را هم بر همین فرد حمل کنیم.

ولذا حکم و فتوای مذکور [جواز تقدیم قبول به لفظ اشتریت] خالی از بوی اشکال نیست. و بالاخره احتیاط را نباید از دست بدهیم، و احوط آنست که عقدها را به طریق معمول و متعارف انجام دهیم و ایجاب را مقدّم بداریم.

مقام ثانی: قوله: ثمّ انّ:

آنچه تا به حال در رابطه با ترتیب میان ایجاب و قبول آوردیم، مربوط به مقام اوّل یعنی خصوص باب بیع بود. و امّا مقام ثانی یا سایر عقود و معاملات از قبیل: اجاره، نکاح، هبه، قرض و ...:

مرحوم شیخ در این رابطه دو بیان دارند: ۱ ـ بیان تفصیلی و استقرایی ۲ـ بیان اجمالی و حصر عقلی، و در بیان اوّل سه صورت و در بیان دوّم چهار صورت تصویر می کنند، ولی قبل از هر مطلبی مقدّمه ای می آوریم:

عقود از نظری دو دسته می شوند:

۱ ـ عقود عهدی: عقودی که متقوم به الزام و التزام طرفین و معاهدهٔ طرفین است همانند عقد بیع که هر یک از بایع و مشتری هم الزام دارند و هم التزام.

یعنی به وسیلهٔ انشاء هم دیگری را به پرداخت عوض ملزم می سازند، و هم

خود به پرداخت عوض ملتزم و متعهّد می شوند.

۲ـ عقود غیر عهدی: یعنی عقودی که متقوّم به الزام و التزام طرفین نیست. همانند هبه که متهّب خود را ملزم به پرداخت عوض نمی بیند و چنین التزامی نسپرده، با این مقدّمه می گوییم: بطور کلّی عقود از یک نظر چهار دسته می شوند:

۱ـ عقودی که در آنها قبول هم بالفظ قبلت و مانند آن [که مطاوعه هستند.] انشاء می شود و هم با انشاء مستقّل [که نیازی به وجود ایجاب قبلی و فعل ندارد. که مطاوعهٔ آن باشد، بلکه مستقلاً بتوسط آن انشاء ملکیّت و زوجیّت و ... می شود مانند عقد بیع که مبسوطاً محاسبه شد و انشاء مستقلّ بالفظ: اشتریت و ... محقّق می شد و مانند عقد اجاره که وقتی موجر ایجاب را انشاء کرد و گفت: آجرتک داری سنةً بکذا مستأجر می تواند بگوید: استأجرته بکذا، مَلَکْتُ منک منفعة کذا، تملکّت ... که هر کدام از اینها انشاء مستقلّ هستند. و می تواند بگوید: قبلت، رضیت، امضیت و ... .

ومانند عقد نکاح که وقتی موجب گفت: انکحت یا زوجّت، قابل می تواند بگوید: قبلت النکاح، رضیت بالتزویج ... و می تواند با الفاظ مستقلّ انشاء قبول کرده و بگوید: تزوّجتُ یا اتزوّجک یا نکحت و ... .

حکم این قسم از عقود، همان حکم عقد البیع است که: اگر قبول بالفظ قبلت و مانند آن انشاء شود حتماً باید متأخر از ایجاب باشد. و اگر بالفظ مستقّل انشاء شود، تقدیم آن بر ایجاب جایز است. به همان بیانی که در عقد البیع گذشت.

[۲ـ عقودی که در آنها جز رضایت قابل به قبول و ابراز آن به نحوی از انحاء چیز دیگری معتبر نیست. مانند ودیعة که وقتی مالک به ودعی می گوید: این مال من نزد شما تا مدّتی امانت باشد، و ودعی راضی به آن می گردد، کافی است و

هکذا وصیّت ووکالت و عاریه و ... این قسم را مرحوم شیخ فعلاً در بیان استقرائی و تفصیلی نمی آورند و بعداً در بیان حصری خواهند آمد. ولی حکمش روشن است که مجرّد رضا به قبول می تواند قبل بیاید و می تواند پس از انشاء و ایجاب بیاید.]

۳ـ عقودی که در آنها انشاء قبول جز با الفاظی از قبیل: قبلت و رضیت، و یا واژه و صیغه ای که متضمّن قبول به معنای مطاوعه باشد، واقع نمی شود. مانند باب رهن که وقتی راهن گفت: رهنتک کذا وکذا، مرتهن یا باید قبلت بگوید و یا ارتهنت، و مانند باب هبه که وقتی واهب گفت: وهبتک کذا و کذا، باید متهّب بگوید: قبلت یا اتهبّت، و مانند باب قرض که وقتی مُقْرِض گفت: اقرضتک کذا و کذا، مقترض باید بگوید: قبلت یا اقترضت ... و مانند مصالحه ای که متضمّن ابراء و اسقاط حقّی باشد که وقتی مصالح گفت: صالحتک علی اسقاط حقّک ... باید متصالح بگوید: قبلت یا تصالحت، و مانند مصالحه ای که مشتمل بر تملیک بدون عوض باشد، از قبیل مال حلال مخلوط به حرام با علم به صاحب مال حرام، که مُصالح می گوید: صالحتک بر اعطاء صد من گندم به شما، و طرف می گوید: قبلت یا رضیت یا تصالحت و ... .

حال حکم این قسم آنست که: قد یقال: در این قسم هم تقدیم قبول بر ایجاب جایز است زیرا که قبول در مثل رهن وهبه و ... با قبول در مثل بیع و اجاره و ... تفاوت دارد، و آن اینکه: در بیع و اجاره و نکاح همانطوری که موجب ملتزم به پرداخت مالی یا احداث علقه ای می شود هکذا قابل هم ملتزم به عوض و زوجیّت و ... می شود و لذا به لفظ قبلت قبل از ایجاب نیامد. ولی در رهن وهبه ... مرتهن و متهّب و ... با انشاء قبول به چیزی ملتزم و متعهّد نمی شوند و عوضی را به گردن نمی گیرند، بلکه حدّاکثر با این قبول، رضایت خود را از فعل موجب انشاء می کنند.

و اگر قضیهٔ مجرّد اظهار و ابراز و انشاء رضایت است، قبلاً گفتیم که اصل الرضا گاهی به یک امر محقّق و فعلی و موجود حین الرضا تعلّق می گیرد و گاهی به یک امر استقبالی و مترقّب و منتظر تعلّق می گیرد.

پس مانعی ندارد که اوّل مرتهن بگوید: رضیت برهنک هذا عندی، سپس راهن بگوید: قبلتُ.

قوله: والتحقیق:

ولی رأی شیخ اعظم آنست که: در این بخش تقدیم قبول بر ایجاب جایز نیست. نه به خاطر اینکه اگر جلوتر انشاء کند، قبول صدق نمی کند، بلکه به خاطر اینکه در رهن و... باید عنوان ارتهان، اتهّاب، اقتراض و... صدق کند و تا قبول متأخر نباشد این عناوین [که مطاوعه را دلالت دارند] صدق نمی کنند.

٤ـ قوله: وامّا المصالحة:

عقودی که مشتمل بر التزام و تعّهد طرفین است ولی التزامها با یکدیگر متغایر نیستند و از قبیل: بیع و اجاره نیست که التزام بایع با التزام مشتری فرق دارد و فعل بایع انشاء ملکیت مال خود بدیگری است و فعل مشتری انشاء ملکیّت مال دیگری برای خود است و... .

بلکه التزام طرفین مثل هم است مانند صلح معوّض که هر یک از طرفین مصالحه در عرض هم یکی کتاب را مصالحه می کند و دیگری عبا را، در چنین موردی عقلاً و علی القاعده هر کدام از طرفین می توانند عقد را شروع کنند و انشاء نمایند، و هر کدام می تواند صالحت بگوید:

هر کدام آغازگر بود او را موجب می نامیم چون از حیث لغت و عرف او موجب است[امّا لغتاً: الموجب من یوجد المعاملة و اوّلی چنین است. و امّا عرفاً: هر کس جلوتر انشاء کرد عرف او را موجب می شناسد لانّه المتعارف والمعهود.] و دیگری را قابل می گوییم، ولی از آنجا که اجماع قائم است که عقد

از دو ایجاب تشکیل نشده و از یک ایجاب و قبول تشکیل است. و اگر هر دو صالحت بگویند، دو ایجاب خواهد بود، بناچار اگر اوّلی صالحت گفت دیگری باید قبلت یا تسالمتُ و ... بگوید، وقبول به این لفظ هم اگر بخواهد انشاء باشد حتماً باید مؤخر باشد، پس در این قسم هم تقدیم قبول جایز نیست.

قوله: فتلخّص:

بیان حصری که امرش دائر میان نفی و اثبات است: در ناحیهٔ ایجاب موجب همواره و در همهٔ عقود الزام و تعهّد به نقل مالی یا امر دیگری وجود دارد و موجب با انشاء ایجاب، این التزام را برای خود درست می کند ولی در ناحیهٔ قبول:

گاهی قابل هم به وسیلهٔ انشاء قبول، به امری از امور خود را ملتزم و متعهّد می سازد [مثلاً به نقل مال و عوضی ملتزم می شود در بیع و اجاره و ... یا به زوجیّت متعهّد می شود در نکاح، و یا به ردّ امانت در ودیعه، وعاریه و ...] پس التزام طرفین است.

و گاهی از طرف قابل التزامی صورت نمی گیرد، بلکه صرفاً کار او اظهار رضا به ایجاب و راضی شدن به کار بایع است [نظیر رضایت متهّب به هبهٔ بلاعوض واهب، خشنودی موصی له به وصیّت موصی، طیب نفس مبذول له به بذل با ذل در حجّ بذلی و ...].

حکم قسم ثانی روشن است: چون ملاك قبول مجرّد رضا به ایجاب است و مطاوعه و قبول خاص مدخلّیتی ندارد، پس تقدیم قبول در این بخش بلامانع است.]

قوله: والاوّل:

خود قسم اوّل [قبولی که موجب التزام می گردد.] دو قسم می شود:

۱ـ یا التزام قابل، نظیر التزام موجب است، یعنی ماهیّتشان یکی است و از

یک مقوله و مثل هم باشند. مانند مصالحهٔ عوض دار که هر یک از طرفین مصالحه در واقع ملتزم به مصالحه و تسالم و رفع نزاع هستند و هر کدام می توانند صالحت را انشاء کنند والتزام زید به مصالحهٔ کتاب مثل التزام بکر به مصالحهٔ عبا است. حکم این صورت هم قبلاً در بیان تفصیلی روشن شد: از آنجا که بالاجماع عقد مرکب از دو ایجاب نیست، پس ناچار باید قبول متأخر باشد تا ایجاب و قبول درست شود.

۲ـ و یا التزام قابل مغایر با التزام موجب و از دو مقوله و با دو ماهیّت اند. مانند اشتراء که غیر از بیع است، استیجار غیر از ایجار است و... خود این قسم نیز دو قسم می گردد:

۱ـ یا عقد از عقودی است که در آن قبول خاص معتبر است یعنی مطاوعه و قبول اثر باید باشد وگرنه رکن عقد نیامده مانند باب رهن، هبه، قرض و... که باید عنوان ارتهان و اتهاب و اقتراض و... بر کار قابل صدق کند. و این عناوین دارای حکم می باشند.

باز در این قسم هم تقدیم قبول بر ایجاب جایز نیست.

۲ـ و یا از عقودی است که قابل هم ملتزم به چیزی است ولی در انشاء این التزام و قبول، لفظ خاص و چیزی که دالّ بر مطاوعه باشد معتبر نیست، بلکه هر آنچه که دالّ بر رضای قابل به ایجاب، همراه با انشاء نقل فی الحال باشد، کافی است. مثل باب بیع که اشتریت هم کافی بود، و باب نکاح و اجاره که در بیان تفصیلی گذشت و مثل وکالت، عاریه و شبه آندو یعنی ودیعه مثلاً که وکیل و مستعیر و ودعی ملتزم به انجام کاری یا ردّ مالی یا حفظ آن و... هستند و نباید افراط یا تفریط کنند.

حال در این قسم هم تقدیم قبول بر ایجاب بلامانع است:

نتیجهٔ نهایی: در دو صورت از چهار صورت، تقدیم قبول ممنوع شد، و در

دو صورت دیگر، جایز شد.

قوله: ثم انّ:

گفته شد در باب بیع التزام مشتری با التزام بایع مغایر است، حال سؤال اینست که: آیا این چه نوع مغایرتی است؟ [در مثل مبادلهٔ کالا با نقد رائج تشخیص آسان است، ولی در مثل معاملهٔ جنس به جنس یا نقد به نقد، این تشخیص مشکل است. چه کسی را موجب و دیگری را قابل بدانیم تا احکام مختّصه بار شود؟]

شیخ ره می فرماید: مغایرت مذکور یک مغایرت اعتباری است که عرف چنین اعتبار و لحاظی دارد:

عرفاً کسی را که ملتزم می شود به اینکه مال خود را به عنوان عوض از مال دیگری به دیگری منتقل کند، مشتری می نامند که در واقع مالی را خریده و برای پر کردن جای خالی آن در ملک فروشنده، مالی را به عنوان عوض به او منتقل می کند.

و کسی که مالش را به دیگری منتقل کرده با این بناگذاری که دیگری هم مالی به او بدهد و عوض از مال او باشد و جای خالی مالش را پر کند، فروشنده و بایع گویند، به عبارت دیگر: هر کسی که مال خویش را به دیگری تملیک به عوض می کند، او بایع است. و هر کس که مال دیگری را تملک به عوض می کند و ملک خویش قرار می دهد و ضمناً عوض می پردازد، اومشتری است.

بنابراین معیار ثابتی ندارد، و هر یک از مالک عبا و کتاب یا درهم و دینار می توانند هم بایع باشند و هم مشتری.

قوله: والاّ:

یعنی اگر مغایرت مذکور اعتباری نباشد و بدنبال تغایر حقیقی باشیم باید گفت: حقیقتاً و عقلاً مغایرتی نیست زیرا هر کدام از بایع و مشتری هم

تملیکی دارند که مال خود را به دیگری منتقل می کنند، و هم تملّکی دارند که مال دیگری را به ملک خویش درمی آورند.

(۲)
(موالات)

قوله: و من جملة الشروط:

یکی از شروطی که به کلّ عقد و مجموع مرکب از ایجاب و قبول، یا هیئت ترکیبیّهٔ ایجاب و قبول یا عقد، مربوط می شد، مسألهٔ ترتیب بود که تا به حال بحث شد و تحقیق مرحوم شیخ بیان شد.

یکی دیگر از شروط مربوط به مجموع عقد، قضیّهٔ موالات است، یعنی اینکه ایجاب و قبول متوالیاً و پی در پی انشاء شوند و میان آندو اتصّال و پیوستگی باشد نه انفصال و گسستگی.

[نکته: ملاك موالات، به دقّت عقلی نیست، بلکه ملاك موالات از نظر عرف است، نظیر: ملاقات آب کرّ پاك با آب قلیل نجس یا کرّ نجس که دفعةً باید باشد ولی دفعهٔ عرفی نه عقلی، و نظیر: غسل ارتماسی که از دید عرفی باید یکدفعه تمام بدن داخل آب شود، وگرنه عقلاً ممکن نیست. یا در باب استصحاب ملاك بقاء موضوع است عرفاً و ...]

حال آیا موالات در عقود شرط است؟ و حتماً باید قبول بلافاصله پس از ایجاب بیاید؟ و فصل به اجنبی قادح است؟ یا خیر؟

عدّه ای از فقهاء موالات را شرط کرده اند و عقد بدون آن را باطل دانسته اند:

از قبیل: شیخ طوسی در کتاب مبسوط در باب طلاق خلع[۱] پس از ایشان جناب علاّمه ره[۲] و شهید اول[۳] شهید ثانی[۴] و محقق ثانی[۵] و فاضل مقداد[۶] بزرگانی هستند که طرفدار اعتبار موالاتند.

قوله: قال الشهید:

مرحوم شهید اوّل در کتاب القواعد والفوائد در قاعدهٔ ۷۵ فرموده: در عقد و مانند آن [از امور تدریجی ای که دو یا چند شیئ در حکم شیئ واحد است و حکم عقد واحد را دارد، و ذیلاً مثالهایی خواهند آورد.] موالات شرط است. سپس به ریشهٔ موالات اشاره کرده و فرموده اند: موالات از اشتراط اتصّال و پیوستگی میان مستثنی و مستثنی منه گرفته شده است.

[بعداً از زبان مرحوم شیخ توضیح داده می شود.] سپس فرموده: بعضی از فقهاء عامّه برآنند که درباب نکاح اگر بدنبال ایجاب زوجه یا وکیل او، زوج یا وکیلش بگوید: الحمد للّه والصلوة علی رسول اللّه ﷺ و بعد بگوید: قبلت نکاحها، ضرری ندارد.

[ولی اگر موالاتی شدیم باید محاسبه کنیم که عرفاً این مقدار فاصله ضرر دارد یا نه؟ سپس مثالهایی آورده:

۱ـ از همین باب توالی یا اعتبار موالات است فوریّت توبهٔ مرتد:

اگر مسلمانی مرتد شد، چنانچه مرتد فطری باشد از نظر مشهور واجب القتل است. ولی اگر مرتد ملّی باشد علی المشهور ابتدا او را وادار به

---

(۱) المبسوط، ج۴، ص۳۶۲.
(۲) قواعد الاحکام، ج۲، ص۸۰.
(۳) الدروس، ص۲۲۹.
(۴) الروضة البهیة، ج۳، ص۱۶۵.
(۵) جامع المقاصد، ج۴، ص۵۹.
(۶) التنقیح، ج۲، ص۲۴.

توبه می کنند و از او می طلبند کـه توبه کند، آنهم بلافـاصله یعنی پشت سر ارتداد استتا به می آید و اگر توبه نکرد کشته می شود.

البته بعضی از فقهـاء هم فرموده اند تا سه روز مهلت داده می شود و پس از آن اگر توبه نکرد کشته می شود.[1]

۲ـ از باب توالی است مسأله سکوت در اثناء اذان: که اگر در لابلای فـصول اذان مـدّت طولانی سکوت کند بگونه ای کـه عـرفـاً بگـویند: این اذان ربطی بهم ندارد، اذانش باطل می شود. پس باید موالات عرفی را مراعات کند.

۳ـ از همـــین بـاب است سکـوت طـویـل در اثناء قـــرائت: در لابـلای فاتحة الکتاب در نماز، مقدار زیـادی مکث کند، یا از آیات و سور دیگر کـه اجنبی از سـورهٔ حـمـد است تلاوت نماید، باز هـم مـخلّ است، چون مـوالات عـرفی اعمال نشده است.

۴ـ تشـهّد هم حکم قـرائت را دارد کـه باید اجـزاء آن متـوالی باشند و فـصل عرفی قادح است.

۵ـ از جمله مـصادیقِ توالی باب نماز جمـعه است که از نظر فـقه شیعه باید آن تعدادی که در اصل انعقادِ جمعه اجتماعشان دخیل است (۵یا ۷نفر) قبل از رکوع امام جمعه در رکعت اوّل تکبیرة الاحرام بگویند و قیام و رکوع و ... را با امام درك کنند. و اگر عمداً یا نسیاناً تکبیرة الاحرام نگفتند تا امام وارد رکـوع شد، آن جمعه منعقـد نمی شود و بجـای آن باید ظهر را بخـوانند ، پس اگر به اندازه ای فـاصله شد که امام به رکوع رفت این مقدار قادح است.

ولی بعض از فقهاء عامّه[2] برآنند که باید تعـداد مذکور [۵ یا ۷ نفر] بلافاصله پس از تکبیـرة الاحرام امـام جمـعـه، تکبیر بگویند و پیش از ورود امام در قـرائت

---

(۱)القواعد والفوائد، ج۱، ص۲۳۴.

(۲)ابوحامد اسفراینی، المهذّب، ج۲، ص۴۱.

حمد، وارد نماز شوند و اگر تأخیر بیاندازند نماز جمعهٔ آنها باطل است.

۶ـ از مصادیق توالی مسألهٔ تعریف و اعلان لقطه و مال پیدا شده است که یابنده باید تا یکسال طبق دستورات کتاب لقطه، تعریف نماید، باز در اینجا هم موالات لازم است یعنی باید تعریفها بگونه ای باشد که شنونده تا شنید به ذهنش بیاید که این تکرار تعریف قبل است و تعریف جدید نیست. [البته شب و روز تعریف کردن، و دست از کار و کوشش برداشتن هم منظور نیست.]

بنابراین باید یکسال را پیوسته و در تمام ماههای آن تعریف کند، پس اگر مثلاً شش ماه تعریف کرد، سپس شش ماه ترك کرد، و دوباره شروع کرد باید از نو یک سال کامل تعریف کند و شش ماه گذشته فایده ای ندارد.

قوله: اقول: مقدّمه:

امور و حوادث از نظری دو قسم اند:

۱ـ امور قارّه: اموری که قرار و آرام دارند و همهٔ اجزاء آنها بالفعل اجتماع در وجود دارند.

۲ـ امور غیر قارّه یا تدریجیّه: اموری که قرار و آرام ندارند و تدریجی الوجود هستند یعنی آن به آن موجود می شوند و معدوم می شوند. همانند زمان، زمانیات از قبیل تکلم و... و امور تدریجی خود دو شعبه دارند:

۱ـ از دید عرف دارای یک هیئت اتصّالیّه نیستند، مانند اینکه عدّه ای به منزل شما می آیند ولی یکی الآن و دیگری ده دقیقه بعد و سوّم نیم ساعت دیگر و...

۲ـ عرفاً دارای یک هیئت اتصالیه هستند، مانند مجموع یک سخنرانی، مجموع یک نهار خوردن، مجموع اذان، قرائت، عقد و... .

با حفظ این مقدّمه می گوییم:

مرحوم شیخ در این فراز درصدد اقامهٔ دلیل بر کلام شهید هستند: حاصل کلام شهید آنست که: امور تدریجیّه ای که در نظر عرف دارای هیئت اتصّالیه

هستند و عرف مجموعهٔ آنها را واحد بهم پیوسته می بیند، حتماً باید آن موضوع عرفی و هیئت اتصالی موجود باشد تا حکم شرعی بیاید وگرنه حکم بدون موضوع محال است و عقدی که مرکب از ایجاب و قبول است اگرچه در ظاهر دو کلام است و هر کدام قائم به نفس یک شخص است، ولی عرفاً به منزلهٔ کلام واحد بوده و میان آندو ارتباط و اتصال است.

اگر چنین است پس وجود فاصله ای که این هیئت را نابود کند، قادح است.

و شاهد مطلب آنست که: اگر فاصله میان ایجاب و قبول خیلی طولانی باشد مثلاً پس از یکسال یا بیشتر قابل، قبول را انشاء کند عنوان معاقده و عقد صدق نمی کند و عقد که نبود حکم شرعی و صحت و لزوم و ملک هم نیست.

[خلاصهٔ این دلیل: عقد از امور تدریجیّه ای است که عند العرف باید دارای صورت اتصالیّه باشد تا مفید ملک و لزوم باشد وگرنه اثر نخواهد داشت. پس موالات باید باشد.]

قوله: وانضباط:

ضابطه در حصول موالات و عدم آن چیست؟ از کجا بدانیم که فلانجا موالات هست و فلانجا نیست؟ می فرماید: [از آنجا که در لسان شرع برای این مسأله حدودی معیّن نشده،] معیار عرف است و باید از دیدگاه عرف انضباط و ضابطه مندی موالات معلوم گردد، و از نظر عرف یک معیار کلّی نداریم بلکه موالات در هر چیزی و جایی متناسب با همان مورد باید باشد، به عنوان مثال:

آن مقدار از موالات که میان حروف کلمات ایجاب [مثلاً در بعت حرف باء و عین و تاء] باید باشد که اصلاً نباید فاصله شود و حروف از هم منقطع نشود و بصورت حروف مقطّعه و مفردات منثوره درنیاید. این اندازه در میان خود کلمات ایجاب [بعت، هذا، بهذا] لزومی ندارد و می تواند اینها را شمرده شمرده و با تأنّی

اداکند، و نیز آن مقدار موالاتی که میان کلمات هر یک از ایجاب یا قبول لازم است میان کلّ ایجاب و قبول لازم نیست و قابل می تواند پس از ایجاب موجب هم قدری تأمل کند، استخاره یا استشاره داشته باشد و سپس تصمیم به قبول بگیرد و بدنبال آن قبلت را بزبان بیاورد.

یا مثلاً در اذان و اقامه و قرائت و... آن مقدار از موالاتی که میان حروف کلمات اذان و... معتبر است میان خود کلمات با یکدیگر معتبر نیست، و آن مقدار از موالاتی که میان خود کلمات با یکدیگر مطرح است میان فصلی از فصول اذان با فصل دیگر، آیه ای با آیهٔ دیگر و... معتبر نیست، و متقابلاً آن مقدار فاصله ای که میان هر فصلی یا آیه ای یا ایجابی جایز است میان خود کلمات هر یک از فصول و آیات و ایجابها جایز نیست و... .

قوله: و ماذکره:

مرحوم شیخ پس ازبیان کلام شهید در قواعد و سپس جمع بندی و استدلال بر آن و نتیجه گیری، اینک در رابطه با صدر و ذیل کلام شهید سه نکته را عنوان می کنند:

الف: کبرای کلّی را قبول داریم که در امور تدریجیّه ای که دارای صورت اتّصالیّهٔ عرفیه باشند لابّد فی ترتبّ الحکم ... من اعتبار صورته ... ولی تطبیق آن را بر باب عقود و معاملات و از جمله باب بیع، قبول نداریم، زیرا اگر دلیل ما بر حکم به ملکیّت یا لزوم در باب بیع عموم آیهٔ اوفوا بالعقود باشد، یا اطلاق کلمات اصحاب باشد که روی عنوان عقد تکیه کرده اند و برای افادهٔ لزوم یا اصل ملکّیت بیع عقدی را شرط کرده اند، باشد، حقّ با شهید است که: بیع هم از اموری است که میان ایجاب و قبول آن موالات لازم است و... چون عقد به معنای گره زدن و ربط دادن چیزی به چیزی است و باید موالات باشد تا قبول به آن ایجاب بخورد.

ولی اگر دلیل ما عموم آیهٔ احلّ اللّه البیع بود، یا آیهٔ تجارةً عن تراضٍ و ... بود دیگر موالات لازم نیست زیرا بدون آن هم عنوان بیع یا تجارت و ... صادق است. پس آثار و احکام آن هم که ملک و لزوم ... باشد مترتّب می شود.

پس نتوان بقول مطلق موالات را معتبر دانست، بستگی دارد به اینکه مدرك ما چه باشد و ملاك در لزوم و ملک صدق عقد باشد یا بیع و تجارت و ... .

ب: شهید فرمود: وهی مأخوذة من اعتبار الاتصال بین المستثنی والمستثنی منه: یعنی اصل و ریشهٔ بحث موالات و لزوم مراعات آن را باب استثناء و اتصّال میان مستثنی و مستثنی منه قرار داد. شیخ می فرماید: وجه این مطلب یکی از دو امر است:

۱ـ به احتمال قوی چون منشأ انتقال به قانون موالات، باب استثناء بوده لذا آن را اصل قرار داد، یعنی روز اوّل که ذهن علماء به این امر متفطن شد و آن را کشف کرد، از رابطهٔ میان مستثنی و مستثنی منه بود، بعدها به موارد و مصادیق دیگر هم توسعه داده شد و منطبق گردید، تا رسید به باب عقد و ... .

و اصولاً بسیاری از قواعد عامّ و کلّی اینگونه بدست می آیند یعنی از تأمّل در مورد و مصداق خاصّی به یک قاعدهٔ کلّی پی برده می شود. و علاّمه در کتاب قواعد مکرّر در مکرّر اصل و ریشهٔ قواعد کلّی را پیدا کرده و فرموده: اصل در فلان قاعدهٔ کلّی فلان مورد جزئی بوده و نخستین بار در آن رابطه به این قانون توجّه پیدا شده و ... .

۲ـ به احتمال بعید [از صواب و واقع] وجه اخذ قانون موالات از باب استثناء آنست که: استثناء در میان سایر توابع ولو احق کلام [از قبیل: وصف، شرط، حال، ظرف و ...] این ویژگی را دارد که ارتباط و پیوند آن به مستثنی منه خیلی قویتر و شدیدتر و اکیدتر است، و در واقع فرد اکمل و مصداق اتّم این رابطه و پیوند است.

بر این اساس آن را اصل قرار داده اند و بقیّهٔ موارد اعتبار ربط و موالات را بر آن عطف کرده اند، و به همین نسبت که ربط قویتر است، فاصلهٔ زیاد میان مستثنی منه و مستثنی هم قبیح تر است.

سؤال: چرا فرمودند: به احتمال بعید؟

جواب: برای اینکه: ثبوت اشتراط اتصال و ارتباط در چیزی که رابطه در آن شدیدتر است ملازمه ندارد با ثبوت همین اتصال و موالات در اموری که این رابطه در آنها ضعیف تر است.

سؤال دیگر: به چه دلیل ربط استثناء به مستثنی منه شدیدتر است؟

جواب: به این دلیل که اگر استثناء چسبیده به مستثنی منه نباشد باعث کذب کلام می شود، و صدق کلام متوقف بر اتصال و ارتباط استثناء به مستثنی منه است. ولی در سایر توابع و ملحقات کلام چنین نیست.

سؤال دیگر: منظور از لواحق و توابع چیست؟

جواب: مطلق اموری است که به نوعی میان آنها ارتباط عرفی وجود دارد، چه اموری که از حیث لفظی مربوط به کلام می شود مثل حرکات اعرابیة و... و چه اموری که از حیث معنوی مربوط به کلام است مثل ارتباط فعل و فاعل و مفعول، مبتدا و خبرو... و چه اموری که در صدق عنوان خاص دخیل و معتبر هستند.

مثلاً اگر بخواهد بر ایجاب و قبول عنوان عقد صدق کند باید موالات باشد، یا بر خواندن سورهٔ حمد در نماز عنوان قرائت صدق کند، باید آیات آن متوالیاً قرائت شود، یا صدق عنوان اذان، اقامه و... عرفاً متوقف بر موالات میان فصول آنها است.

جواب: قوله: ثم:

آخرین نکته در رابطه با کلام شهید:

ایشان فروعات زیادی را مطرح کردند و همه را از باب موالات و مصادیق آن دانستند و فرمودند: ومنه ... ومنه ... ومنه ... .

مرحوم شیخ می فرماید: [برخی از فروعات مذکور کاملاً از مصادیق موالات است و قانون موالات بر آنها منطبق است. مثل اذان، اقامه، قرائت و ...] ولی انطباق برخی از آن موارد بر قاعدهٔ موالات، و صدق و تطبیق این قاعده بر آنها خیلی روشن نیست. و موالات به معنای لغوی و عرفی بر آنها صدق نمی کند:

یکی از آن موارد، استتابة المرتدّ بود که بر فوریّت آن اطلاق موالات کردند منظور چیست؟ آیا اصل مرتد شدن موالاتی و دارای توالی است؟ خیر، ارتداد یکبار حاصل می شود نه صد بار پشت سرهم، آیا استتابه باید متوالیاً باشد؟ خیر، یکبار بیشتر استتابه نیست. آیا فوریّت استتابه از باب موالات است؟ خیر، زیرا که فوریّت یک حکم شرعی و تابع دلیل است و ربطی به باب موالات ندارد. [مضافاً به اینکه فوریّت توبه در خصوص ارتداد نیست، نسبت به هر گناهی توبه واجب فوری است.] پس مورد مذکور از باب موالات نیست. و از باب ثبوت حکم شرعی خاص، در مورد مخصوص، به دلیل ویژه است.

مگر با توجیه به موالات ارجاع شود و آن اینکه: مطلوب استمرار اسلام مسلمان است یعنی باید آن به آن و لحظه به لحظه و علی الدوام اسلام و ایمان باشد و ارتداد موجب انقطاع این استمرار است، و فوریّت توبه و ... از باب اینست که: هر چه سریعتر و در اسرع اوقات ممکن، استمرار مطلوب برگردد.

و یکی از مواردی که خیلی روشن نیست، مسأله اقتداء ۵ یا ۷ نفر در نماز جمعه به امام جمعه است، که باز بدون توجیه بر موالات منطبق نمی شود زیرا که منظور از موالات در اینجا چیست؟ آیا پی در پی بودن تکبیر مأموم و امام است؟ خیر، زیرا علی الفرض بر مبنای امامیّه تا قبل از رکوع، مأمومین وقت دارند.

آیا منظور پی در پی بودن اقتداء و تکبیرات خود مأمومین است؟ خیر، زیرا دلیلی بر لزوم توالی آنها وجود ندارد.

آیا منظور توالی از وقت اقتداء به بعد است که در قیام و قعود و رکوع و سجود بلافاصله و بدنبال امام این کارها را بکنند؟ خیر، زیرا این در همهٔ جماعتها وجود دارد و مخصوص نماز جمعه نیست.

آیا منظور اینست که: هر کدام اعمال نماز را متوالیاً انجام دهند تا هیئت اتّصالیهٔ صلوتی محفوظ بماند؟ خیر، زیرا این اختصاص به جماعت ندارد و در فرادا نیز چنین است.

پس منظور چیست؟ باز منظور این است که: هیئت اجتماع ۵یا۷نفر در تمام احوالات نماز جمعه از قیام و رکوع و سجود و... مطلوب مولی است و موالات یعنی استمرار این هیئت، پس اخلال به این هیئت قادح است و باید کاری بکنند که هیئت مذکور لحظه به لحظه تا سلام نماز برقرار باشد ولی اسم این را موالات گذاشتن و از این باب معتبر دانستن، صحیح نیست. زیرا که این حالت در نماز جمعه حکم شرعی خاص و تابع دلیل خاص و ثابت در مورد خاص است و ربطی به متفرّع شدن آن بر قانون موالات ندارد.

قوله: وللتأمّل:

اوّلاً ما در اصل فروعات مذکور تأمّل داریم و برای ما قابل مناقشه است، زیرا از کجا از باب موالات باشند؟ [دو نمونه ذکر شد.] وانگهی از کجا معلوم که استتابه مثلاً واجب فوری باشد؟ دیدیم که عدّه‌ای تا سه روز مهلت می دادند، و بر فرض شک در وجوب آن، از اصل برائت و عدم وجوب استفاده می کنیم.

و ثانیاً بر فرض قبول فروعات مذکور، در اینکه اینها بر اصل مذکور [اتصّال بین مستثنی و مستثنی منه] متفرّع باشند، مناقشه داریم. [زیرا ای چه بسا فقیهی در قرائت و... بطور معمول و متعارف، موالات به ذهنش خطور کرده و هرگز به

موالات در باب استثناء توجّه نکرده تا این مورد را بر آن اصل منطبق بکند یا نه]

پس سخنان شهید اوّل از جهات مختلف مورد بررسی قرار گرفت.

قوله: ثمّ انّ:

بر فرض که در عقود و مانند آن از امور تدریجی [نماز، اذان، قرائت و ...] موالات شرط باشد معیار و ضابطه در موالات چیست؟ کجاها موالات هست و کجاها نیست؟ موالات عقلی که به دقّت عقلی ایجاب و قبول به هم چسبیده باشند و ذرّه ای فاصله نباشد، معتبر نیست. موالات شرعی هم که شارع حدّ و حدود موالات را مشخّص نماید، منتفی است. پس ملاك موالات عرفی است و مسأله موکول به عرف است و تشخیص عرف در اینجاها ملاك است.

قوله: ویظهر:

ما گرچه موالات عرفی را پذیرفتیم [البته فی الجمله] ولی از روایت سهل ساعدی که قبلاً در رابطه با تقدیم قبول بر ایجاب آوردیم، استفاده می شود که فصل به اجنبی آنهم فاصله طولانی میان ایجاب و قبول جایز است. [زیرا بدنبال زوّجنی گفتن از سوی صحابی، رسول خدا صلی الله علیه و آله از او چند سؤال کرد و او به ترتیب جواب داد در پایان رسول خدا صلی الله علیه و آله فرمودند: زوجتکّها ...]

البته فصل میان ایجاب و قبول بنابر احتمال مشهور بود که: قبول همان لفظ زوجّنی است و لفظ دیگری به عنوان قبول بدنبال ایجاب رسول خدا صلی الله علیه و آله نیامده باشد.

ولی بنابر احتمالی که سابقاً دادیم که: از کجا صحابی به همین زوجّنی اکتفا کرده؟ شاید بدنبال زوجتکّ از سوی پیامبر صلی الله علیه و آله، وی قبول را انشاء کرده است. که طبق این احتمال فصل طویل مطرح نیست.

قوله: ولعّل:

شیخ می فرماید: شاید این [فصل طویل] نیز موهن و نقطه ضعف دیگری

برای حدیث مذکور باشد.

بیان ذلک: موهن اوّل تقدیم قبول به لفظ امر بر ایجاب بود که علی القاعده نپذیرفتیم و احتمال دادیم که قبول بعد باشد. و موهن دوّم همین فصل طویل است که خلاف معهود و متعارف است.

قوله: فافهم:

به فرمودهٔ مرحوم سیّد:

شاید اشاره باشد به اینکه: لو دلّت الروایة علی جواز الفصل وجب العمل بها لاان یجعل هذا موهنا لها بعد عدم الدلیل علی اعتبار الموالات من اجماع او غیره وعلی فرضه یجب التخصیص بالروایة اذا اغمضنا عن سندها.[1]

---

(۱) حاشیه سید بر مکاسب، ص۹۱.

(۳)

(تنجیز)

قوله: ومن جملة:

شرط سوّم از شروطی که مربوط به کلّ عقد یعنی مجموع مرکب از ایجاب و قبول است، **عبارتست از تنجیز:**

عدّه‌ای از فقهاء این شرط را ذکر کرده اند: و منظور از تنجیز آنست که: عقد معلّق بر شرطی و وصفی و قیدی نباشد و اگر و مگر نداشته باشد، [نکته: قوله: باداة الشرط: ظاهرش اینست که خود ادات شرط در ایجاب یا قبول ذکر شود. ولی باید بدانیم که شرط دو شعبه دارد:

۱ـ شرط صریح: آنست که موجب صریحاً بگوید: ان قدم الحاج بعتک هذا بکذا.

۲ـ شرط ضمنی: آنست که به صراحت از ادوات شرط استفاده نشده ولی از مضمون آن استفاده شده مانند: بعت داری فی یوم الجمعة، که به منزلهٔ ان کان یا اذا کان یوم الجمعه است.]

و منظور از تعلیق آنست که: متعاقدین قصدشان این باشد که: با وجود فلان شیئ [که به صورت شرط آمده] معامله منعقد شود و با نبود آن، نابود شود. و خلاصه اینکه: بر یک فرض معامله باشد و بر فرض دیگر معامله نباشد.

[نکته: تعلیق در انشاء که الان مطرح است، غیر از شرط ضمن العقد است که در باب خیارات مطرح خواهد شد، زیرا در مانحن فیه نفس انشاء معلق است. ولی در آن باب خود انشاء منجّز است البته در کنار آن یک الزام و التزام دیگری هم ضمناً مطرح شده که جدا است و با عدم وفاء به شرط هم معامله باطل نمی شود و تنها حق الخیار می آید. مانند بعتُ داری بشرط ان تخیط ثوب و... و نیز تعلیق در انشاء و عقد معلّق غیر از بیع به شرط است که به جای رهن منزل امروزه رایج است.]

قوله: و ممّن صرّح:

مرحوم شیخ ابتدا کلمات فقهاء را می آورند که ضمن آن دو نکتهٔ مهمّ هم مطرح است:

۱ـ ادلّهٔ لزوم تنجیز

۲ـ تقسیمات شرط و تعلیق.

و ما به ترتیب کتاب عبارات را آورده و جابه جا به ادّله و تقسیمات اشاره خواهیم کرد. و پس از همهٔ اینها خود مرحوم شیخ وارد بحث شده و تشقیق شقوق نموده و باو تفصیل الکلام بحث را دنبال می کنند:

از جمله کسانی که به شرطیت تنجیز تصریح کرده اند:

۱ـ شیخ طوسی[۱] ۲ـ ابن ادریس حلّی[۲] ۳ـ علاّمه[۳] ۴ـ وکلیّهٔ کسانی که پس از علاّمه آمده اند، از قبیل: شهید اول[۴] شهید ثانی[۵] محقّق ثانی[۶] و دیگر

---

(۱)المبسوط، ج۲، ص۸۱.

(۲)السرائر، ج۳، ص۱۵۸.

(۳)قواعد الاحکام، ج۲، ص۴.

(۴)الدروس، ص۲۲۹.

(۵)شرح لمعه، ج۳، ص۱۶۸.

(۶)جامع المقاصد، ج۴، ص۱۴.

بزرگان، از قبیل: صاحب جواهر صاحب مفتاح الکرامة و ... .

قوله: وعن فخر:

فخرالدین در شرح ارشاد در باب وکالت[۱] فرموده: نزد فقهاء امامیه تعلیق در وکالت صحیح نیست و انشاء وکالت نباید به شرطی از شروط معلّق باشد [مثلاً بگوید: انت وکیلی فی یوم کذا ...] و در سایر عقود هم چه عقد لازم باشد [بیع ـ اجاره و نکاح] و چه عقد جایز باشد [هبه و ...] مطلب چنین است یعنی تعلیق قادح است و نبود آن شرط صحّت است.

قوله: وعن تمهید:

شهید ثانی در تمهید القواعد[۲] فرموده: شرط بودن تنجیز اجماعی است. [وبالاجماع تعلیق قادح است.]

قوله: وظاهر المسالك:

ظاهر کلام شهید ثانی در مسالک الافهام در باب وقف[۳] اینست که: اشتراط تنجیز اتفاقی و اجماعی است.

قوله: والظاهر:

شیخ می فرماید: اگرچه اکثر فقهاء در مقام بیان شروط صیغهٔ بیع تنجیز را متعرض نشده اند [و در مثل باب وکالت و وقف و ... به مناسبت آن را ذکر کرده اند.] ولی غیر واحدی از آنان معترفند به اینکه: لاخلاف فی اشتراط التنجیز.

قوله: ویدلّ علیه:

یکی از ادلّهٔ اشتراط تنجیز عبارت شد از: اجماع فقهاء، و اینک دلیل دوّم عبارتست از: فحوای عقد وکالت: فقهاء در باب وکالت هم خود فتوی به اشتراط تنجیز داده اند و هم بر آن ادّعای اجماع کرده اند، حال اگر در وکالت

(۱)کتاب خطی است.

(۲)به نقل مفتاح الکرامة، ج۴، ص۱۶۵.

(۳)مسالک الافهام، ج۱، ص۳۵۳.

تنجیز معتبر است پس در بیع و مانند آن به طریق اولی باید انشاء تنجیزی باشد. و تعلیق مُخلّ است.

وجه اولویّت: وکالت از عقود جایزه است و در عقد جایز سخت گیری و احتیاط نشده و بنابر آسانگیری است تا آنجا که: هر آنچه دالّ بر اذن موکّل در توکیل باشد، کافی به شمار آمده، و معذلک تعلیق نباید باشد. پس در بیع که آن همه سخت گیری شد که باید صیغه باشد، آنهم صیغهٔ خاص و با شرائط مخصوص و... بطریق اولی تنجیز معتبر و تعلیق قادح و مضرّ است.

قوله: حتّی:

مسأله اعتبار تنجیز در عقد وکالت به قدری روشن بوده که علاّمه ره فرموده: اگر موکّل در مقام انشاء عقد وکالت بگوید: انت وکیلی فی یوم الجمعة ان تبیع عبدی، بالاجماع باطل است. [چون اصل انشاء وکالت به روز جمعه معلّق شده است. و عقد باید بطور منجّز انشاء شود.]

ولی اگر بگوید: انت وکیلی ولاتبع عبدی الاّ فی یوم الجمعة، بالاجماع صحیح است[1] [زیرا که اصل انشاء توکیل فعلی و منجّز است و قاطعانه گفته: انت وکیلی، و متعلّق وکالت که بیع عبد باشد معلّق است، و اشکالی ندارد.]

ملاحظه می فرمایید که: مقصود از هر دو عبارت یکی است. معذلک چون در اوّلی اصل انشاء معلّق شده ردّ شد و در دوّمی چون در ظاهر، اصل انشاء معلّق نیست قبول شد. یعنی تا این اندازه روی تعلیق در انشاء حساسیّت نشان داده اند.

[نکته: در تعبیر اوّل قید فی یوم الجمعه قید خود وکالت است و در دوّمی قید متعلّق وکالت «بیع» است. از قبیل: واجب مشروط و معلّق که در واجب مشروط قید و شرط به اصل حکم مربوط است و در واجب معلّق اصل وجوب

(۱) التذکرة، ج۲، ص۱۱۴.

مطلق و فعلی و حالی است و متعلّق آن یا فعل اختیاری یا واجب، استقبالی و متوقف بر یک امر آینده است.]

قوله: وقد فرّق:

برخی از فقهاء[1] گفته اند: اگرچه تعبیر دوّم یعنی انت وکیلی ولاتبع ... در معنای تعلیق است و باطناً و معناً مراد از هر دو مثال یکی است ولی معذلک دوّمی صحیح و اوّلی باطل است و تفاوت آندو در ظاهر انشاء و کیفیّت ابراز آن است.

بیان ذلک: عقود توقیفی هستند و از شارع مقدس تلقّی شده اند، پس باید به همان نحوی که شارع انشاء کرده و برای آنها تعیین ضابطه نموده انشاء کنیم و اگر طبق موازین شرعی انشاء شد صحیح است وگرنه باطل خواهد بود، هرچند از حیث معنا فرقی نداشته باشند ولی لفظ خاص هم مطرح است. آنگاه به صورت تنجیز از شارع رسیده و قطعاً صحیح است ولی به صورت تعلیق نرسیده و شک در صحت آن داریم پس باید به قدر متیقن اکتفا شود، و در مازاد مشکوك از اصالة الفساد استفاده می کنیم [ضمناً این بیان، دلیل سوّم از ادّلهٔ اشتراط تنجیز است.]

قوله: فاذا کان:

مرحوم شیخ مجدّداً برای تأکید بیشتر، اولوّیت را متذکر می شوند و می فرمایند: اگر در وکالت اینگونه سخت گیری شده، پس در بیع که از عقود لازمه است به طریق اولی باید این امور مراعات شود.

قوله: وبالجمله:

تا اینجا از لحاظ اجماع نتیجه را می گیریم که: اصل اشتراط تنجیز فی الجمله اجماعی است و همه متفق اند بر اینکه: تعلیق مضرّ است.

قوله: وامّا الکلام:

[از این تعبیر اینطور فهمیده می شود که تا به حال دلیلی بر اشتراط تنجیز

---

(۱)از قبیل شهید ثانی درمسالک، ج۱، ص۳۳۳.

اقامه نشد واز حالا بدنبال وجه و دلیل هستیم در حالی که تا به حال به سه دلیل اشاره شد: ۱ـ اجماع ۲ـ اولویّت ۳ـ توقیفی یا متلقّات بودن، و اینک به دلیل چهارم و عمده ترین دلیل اشاره می کنند:

قوله: فالذّی:

علاّمه در تذکره فرموده: مقدّمه: در عقود و ایقاعات که از عناوین قصدّیه و تابع قصد هستند حتماً باید جزم و قطع باشد و تردید و دو دلی به انشاء حالی و فعلی ضرر می زند و تا جزم نباشد قصد نیست، و تا قصد نباشد عقد نیست. با حفظ این مقدّمه:

تعلیق انشاء با جزم در حال انشاء منافات دارد [زیرا که جزم یعنی قاطعیّت و عزم و تصمیم بدون کمترین تردیدی، و تعلیق یعنی تردّد و دو دلی و نبود قاطعیّت.] و چون جزم حتماً معتبر است، پس تعلیق نباید باشد.

قوله: بل:

نه تنها علاّمه تنجیز را در قبال تعلیق معتبر می داند و تعلیق را منافی با جزم می داند، بلکه ابتدا به ساکن خود جزم را شرط کرده سپس عدم جواز تعلیق را بر آن مبتنی و متفرع ساخته است. آنجا که فرموده:

پنجم از شروط عقد، جزم [و علم و قطع] است. بنابراین اگر عقد را بر امری از امور معلّق کند [مثلاً بگوید: بعتُ داری ان کان کذا] صحیح نخواهد بود، حتّی اگر آن شرط مشیّت باشد. [بیان ذلک: شروطی که ممکن است عقد به آنها معلّق شود در تقسیمی دو قسم می شوند:

۱ـ شروطی از قبیل: قدوم حاج، طلوع شمس و ... که خارج از اختیار مشتری است.

۲ـ شرطی از قبیل مشیّت و خواست خود مشتری که در اختیار او است.

ویژگی این شرط آن است که به زبان هم نیاورد باطناً هست و مقتضای اطلاق

عقد است زیرا که مشتری مجبور به پذیرفتن و قبول نیست. بلکه اگر نخواست قبول نمی کند، لذا فرموده: و ان کان الشرط المشیّة.]

سپس علاّمه برای عدم جواز تعلیق به مشیّت، اینطور استدلال کرده: چون فروشنده جاهل به ثبوت مشیّت در حال عقد است. و نیز طرفین یا لااقلّ فروشنده نمی داند که تا آخر عقد این مشیّت مشتری باقی خواهد ماند یا نه و چون جاهل است جازم نیست، و چون جازم نیست می گوید: ان شئت و این منافی با جزم است و مردود است.

سپس فرموده: شافعی هم در یکی از دو قولش همین رأی را اختیار کرد. ولی شافعی در قول دیگر که اظهر هم می باشد، قائل به صحت شده، و اینگونه استدلال کرده: شرط مشیّت مقتضای اطلاق عقد است و اگر به زبان هم نمی آوردند باز باطناً همین بود زیرا بعد از ایجاب هم مشتری اگر نخواهد نمی خرد، پس چیزی زائد بر مقتضای عقد مطرح نشده تا قادح باشد. انتهی کلام العلاّمه[1].

مرحوم شهید اوّل هم در کتاب القواعد والفوائد در قاعدهٔ ۳۲، از علاّمه ره پیروی کرده و فرموده: انتقال ثمن و مثمن باید به سبب تراضی طرفین باشد [تجارةً عن تراض] و تا جزم و قطع نباشد تراضی هم نیست. و تعلیق با جزم منافی است[2] [پس اگر تعلیق بود جزم نیست و اگر جزم نبود رضا نیست و اگر رضا نبود نقل و انتقال نیست و اگر این نبود عقد هم نیست.]

[خلاصهٔ قاعدهٔ ۳۲ در کلام شهید: قاعده: التکلیف الشرعیة بالنسبة الی قبول الشرط و التعلیق اربعة اقسام:

الاوّل: مالایقبل شرطاً ولاتعلیقاً کالایمان باللّه ورسوله وحججه واعتقاد وجوب الواجبات ...

---

(۱) التذکرة، ج۱، ص۴۶۲.

(۲) القواعد والفوائد، ج۱، ص۶۵، قاعدهٔ ۳۵.

الثانی: مایقبل الشرط والتعلیق علی الشرط کالعتق ...

الثالث: مایقبل الشرط دون التعلیق علی الشرط کالبیع والصلح والاجارة والرهن لأنّ الانتقال بحکم الرضا ولا رضا مع التعلیق اذا الرضا یعتمد علی الجزم والجزم ینافی التعلیق لانه بعرضته عدم الحصول ...[1]].

قوله: ومقتضی ذلک:

مقدّمه: شرط از یک نظر دو قسم می شود:

۱ـ شرطی که معلوم الحصول است، ومتعاقدین می دانند که این شرط در خارج محقّق خواهد شد. مانند طلوع شمس، مجیئ اوّل الشهر و ... .

۲ـ شرطی که مجهول التحقّق است، و طرفین نمی دانند که در آینده این امر حاصل خواهد شد یا خیر؟ مثل: قدوم الحاج، شفاء المریض و ... .

با حفظ این مقدّمه می گوییم: هم در کلام علاّمه و هم شهید اوّل روی این نکته تکیه شد که: تعلیق با جزم منافی است و نباید باشد. شیخ می فرماید: مقضای این سخن آنست که: تعلیق بر امر مجهول الحصول قادح است و عدم آن شرط است، زیرا چنین تعلیقی مشمول آن تعلیل می باشد. و اما تعلیق بر امر معلوم الحصول قادح نیست، زیرا با جزم در انشاء منافاتی ندارد و کسی که می داند که طلوع شمس مثلاً خواهد آمد، الان که می گوید: «بعتک ان طلعت الشمس» نتوان گفت: او مردّد است و جازم نیست، خیر، جازم است. پس عقد او کمبودی ندارد.

قوله: کما صرّح:

همین تفصیل که مقتضای کلام علاّمه و شهید بود، برخی از فقهاء تصریح به آن نموده اند، از قبیل: محقّق اوّل در مبحث طلاق[2].

---

(۱)هدایة الطالب، ص۱۹۹.

(۲)شرایع الاسلام، ج۳، ص۱۹.

قوله: وذکر:

مقدّمه: مسأله ای داریم به عنوان: «ان کان هذا لی فقد بعته» یا فرض مسأله جایی است که: هیچ ادّعا و انکاری و منازعه ای در بین نیست و موجب یقین دارد که این متاع مال او است و معذلک می گوید: ان کان ... ، و یا موردی است که: متاعی در دست شخص است و شک دارد که مال خودش است یا مال رفیق و یا فرد ثالث، و چون مطمئن نیست می گوید: ان کان ... ، و یا به احتمال قوی

فرض مسأله آنجا است که: شخص «زید» از شخص دیگر «بکر» متاعی را به ثمنی در ذمّه «کتابی را به صد درهم» خریداری کرده سپس به شخص ثالث «خالد» می گوید: من وکیل شما بودم و این جنس را به وکالت برای شما خریده ام، و خالد وکالت را انکار می کند، آنگاه برای اینکه مشتری «زید» با خیال جمع از این متاع استفاده کند، خالد به او می گوید: ان کان هذا مالی فقد بعته منک بمثل مافی ذمّتک. به احتمال قوی همین فرض مراد است و در ادامه هم در کلام شهید همین فرض مطرح شده.

با این مقدّمه می گوییم: محقّق ثانی در جامع المقاصد[1] و شهید ثانی در مسالک[2] در مسألهٔ: ان کان لی فقد بعته [که توضیح دادم] فرموده اند:

هر تعلیقی منافی با انشاء نیست، بلکه تعلیقی در باب عقود و ایقاعات، با انشاء منافی است که عقد بر یک امر مجهول الحصول معلّق شود.. [مفهومش اینست که: پس تعلیق بر امر معلوم الحصول منافی نیست و به حال عقد ضرر ندارد.] پس این دو بزرگوار هم تفصیل مذکور را ذکر کرده اند.

قوله: ولکن:

امّا شهید اوّل در قواعدش تعبیری دارد که مخالف با تفصیل مذکور بوده و

---

(۱)جامع المقاصد، ج۸، ص۳۵.
(۲)مسالک الافهام، ج۱، ص۳۳۹.

تعلیق به هر دو قسم از شرط را قادح می داند.

بیان ذلک: وی به دنبال سخنی که قبلاً از ایشان آوردیم، فرموده: تعلیق منافی با جزم است به این دلیل که: تعلیق در معرض عدم حصول است یعنی همین که با ادات شرط می آورد، عقد را در معرض عدم حصول معلّق علیه، و در این موقعیّت قرار می دهد. [و همین مقدار هم قادح است.]

سپس با کلمهٔ ولو... اشاره به عمومیّت دارد، یعنی عقد در این معرض قرار می گیرد مطلقاً، یعنی چه شرطی باشد که مجهول الحصول باشد و چه شرطی باشد که [از خارج از عقد] معلوم الحصول باشد. و برای این قسم مثال زده به تعلیق بر وصف [وصف در اصطلاح فقهاء در اینگونه موارد، مقابل شرط است و منظور از وصف امری است که قطعی الحصول است.

و مراد از شرط امر غیر معلوم الحصول است. اوّلی مثل طلوع شمس و دوّمی مثل: قدوم مسافر] سپس برای عدم الفرق اینگونه استدلال کرده:

اعتبار و ارزش به جنس و کلّی شرط و طبیعی آن است نه انواع آن [که دو نوع دارد: ۱ـ معلوم الحصول ۲ـ مجهول الحصول.] و آنکه عقد را در معرض تردّد قرار می دهد، اصل الشرط است. پس ایشان معنای عامّ یعنی اصل اشتراط را معتبر دانسته و خصوصیات فردیّه را که مجهول یا معلوم الحصول بودن است] منظور نکرده اند. [پس سخن شهید مخالف تفصیلی است که قبل از: لکن آوردیم]

سپس شهید فرموده: ان قلت: اگر اعتبار به جنس شرط است نه به انواع خاصّهٔ آن پس باید مثل: ان کان هذا لی فقد بعته منک [قبلاً تشریح شد.] صحیح نباشد، چون در ظاهر انشاء تعلیق آمده، در حالی که فقهاء این را صحیح دانسته اند، پس هر شرطی مخلّ نیست.

سپس جواب داده و فرموده: قلت: این مثال و مانند آن از بحث خارج است

و نقض بر ما نیست زیرا در اینجا تعلیق بر یک امر واقع [ای امر یعلمان انّه واقع و حاصل] و موجود فی الحال وحین الانشاء است. [و در واقع بایع می داند که این مال او است و می گوید: ان کان ...] نه اینکه تعلیق بر امر متوقع الحصول باشد. [و بحث ما در امر استقبالی است نه حالی.] پس این قول [ان کان لی] یا علّت وقوع بیع است [اگر انگیزه و داعی بایع بر بیع همین امر باشد، که گویا، گفته: حیث انّه مالی یا لمّا کان مالی فقد بعته ...] و یا مصاحب و مقارن اتفاقی وقوع بیع است. [اگر انگیزهٔ دیگری از بیع دارد، ولی ضمناً مال او هم هست. **گویا گفته**: هذا مالی و بعتک ایّاه ...] نه اینکه این قول [ان کان مالی] شرط و معلّقٌ علیهِ عقد باشد. تا اشکال شود.

[مرحوم شهیدی کلام جامعی در این رابطه دارند که می آوریم:

اقول: حاصل الجواب انّ التعلیق هنا صوریّ صرف لاواقعیة له اذیعتبر فی حقیقة التعلیق عدم العلم بتحقق المعلق علیه حین التعلیق وجنس الشرط الذی قلنا انّ الاعتبار به لابخصوصیة افراده.

انّما المراد منه هو بمعناه الحقیقی المتوقف تحقّقه علی ترقّب المعلّق علیه و توقّع حصول الموقوف علی عدم العلم بتحققه عند التعلیق فهذا التعلیق الموجود فی الفرع المذکور صوریّ محض لانه تعلیق علی امر یعلمان بوقوعه حین الانشاء لاامر متوقّع الحصول لایعلم کلاهما او احدهما وجوده فهو ای المعلّق علیه اعنی کون المبیع للبایع من جهة تحقّقه حین التعلیق امّا علة لوقوع البیع وصدوره عن البایع او مصاحب له مجرداً عن علیّته له.

وذلک لایخلو حال البایع عن ان یکون العلّة الداعیة الی البیع کون المبیع للبایع بحیث مآل قوله «ان کان لیِ» الی قول «لمّا کان لی» فالاوّل وامّا ان یکون العلة له شیئاً آخر غیره و یکون کونه له من المقارنات الاتفاقیّه

بحیث یکون مآله قوله المذکور الی قوله «هولی» فالثانی ولایصدق علی هذا الامر المعلوم التحقّق حین الانشاء «بالفرض» انّه امر معلّق علیه الوقوع ...[۱].

سپس مرحوم شهید فرموده: نظیر جوابی که از ان کان لی فقد بعته ... دادیم در دو مورد دیگر هم می دهیم:

الف: مردی مدّعی است که من وکیل فلانی بودم و زنی را برای او عقد کرده ام.

ب: زنی مدّعی است که زوجهٔ فلانی است. و در هر دو فرض آن فلانی وکالت و زوجیّت را انکار می کند، سپس برای احتیاط می گوید: ان کانت فلانة زوجتی فهی طالق، [این نیز تعلیق علی امرٍ واقعٍ است نه بر امر متوقع الحصول.] انتهی کلام الشهید ره[۲]

علاّمه ره نیز در قواعد شبیه سخنان شهید را دارد و می فرماید: ان کان لی فقد بعته صحیح است به دلیل اینکه: این شرط یک امری است که واقع و حاصل است [حین العقد] و طرفین علم به وجودش دارند و چنین امری را شرط کردن ضرر ندارد. و اصولاً هر شرطی که حین الانشاء معلوم الوجود باشد، بلامانع است چون موجب شک در اصل انشاء بیع یا وقوع خارجی آن یعنی ترتّب اثر بر آن نمی شود.[۳] [و شاید کلمهٔ وقوفه باشد یعنی متوقف شدن بیع و بی اثر بودن آن.]

[نتیجه: تعلیق بر امر موجود و واقع «مثل ان کان لی» نزد همه بلامانع است. ولی تعلیق بر امر متوقع الحصول و استقبالی مورد بحث است که تا قبل از لکن الشهید تفصیل میان قطعی الحصول ومجهول الحصول می دادند ولی شهید

---

(۱)هدایة الطالب، ص۲۰۰.

(۲)القواعد والفوائد، ج۱، ص۶۵، قاعدهٔ۳۵.

(۳)قواعد الاحکام، ج۱، ص۲۶۰.

تصریح کرد که فرقی ندارد و هر دو قسم از تعلیق قادح است و عقد را باطل می سازد.]

قوله: وتفصيل الكلام:

مرحوم شیخ پس از نقل کلمات فقهاء و بیان آراء و فتاوای آنان، خود تشقیق شقوق کرده و حکم هر قسمی را بیان می کنند: بطور کلّی معلّق علیه یا شرط از دو حال خارج نیست.

۱ـ یا امری است که معلوم التحقّق است. [طرفین علم به وقوع آن در حال یا استقبال دارند]

۲ـ و یا امری است که مجهول الحصول و محتمل التحقّق است.

[به قول مرحوم شهیدی: شقّ ثالثی هم متصوّر است که: معلوم العدم باشد. ولی شیخ آن را ذکر نمی کنند، برای اینکه: امّا ان یکون معلوم العدم فی الحال والاستقبال معاً او یکون معلوماً فی احدهما والتعلیق فی الاوّل لایصدر ممن یرید البیع لانّه یرجع الی عدم قصد البیع وامّا الاخیر فهو باقسامه مندرج فی التقسیم المذکور فی المتن.[1]]

و بنابر هر یک از دو فرض مذکور، یا معلوم بودن و محتمل بودن وقوع شرط در زمان حال و حین العقد است و یا در زمان آینده و بعد العقد، مجموع تا اینجا چهار قسم شد.

و بنابر هر یک از چهار فرض یا شرط از شروطی است که مصحّح عقد است و در صحت آن دخالت دارد، یعنی چیزی را که به نحوی شرط صحّت عقد بوده در عقد آورده و عقد را بر آن معلّق می کند. چند مثال: مشتری یا بایع می گوید: بعت یا اشتریت این شیئ را مشروط بر اینکه از اشیایی باشد که شرعاً مالیّت و ملکیت دارند و قابل تمسک هستند. مثلاً: اشتریت هذا ان لم یکن خمراً او

---

(۱) هدایة الطالب، ص ۲۰۰.

خنزیراً و ... چون اینها شرعاً مالیت ندارند. یا شرط می کنند که: این شیئ از اشیائی باشد که قابل نقل و انتقال باشد، یعنی بایع بتواند آن را از ملک خویش خارج ساخته و به دیگری تملیک نماید.

مثلاً می گوید: این جاریه را خریدم بشرط اینکه امّ ولد نباشد، [زیرا امّ ولد قابل نقل نیست، بلکه در شرف آزادی است و به مجرّد موت مولی از حصّهٔ فرزند از ارث آزاد می شود.] یا خریدم این خانه را مشروط بر اینکه موقوفه نباشد [زیرا که مال وقفی هم قابل بیع و شراء و هبه و ... نیست، نه واقف حق فروش دارد و نه موقوفٌ علیه.] یا خریدم این فرش را به شرط اینکه در رهن کسی نباشد، [زیرا نسبت به عین مرهونه، مالک محجور از تصرّف است و بدون رضای مرتهن نمی تواند آن را بفروشد.]

اینها مثالهایی از شرائط عوضین بود.

و اینک مثالهایی از شروط متعاقدین: در متن عقد شرط کنند که: مشتری یا فروشنده از کسانی باشند که شرعاً حقّ تملکّ و تصرّف دارند. مثال: فروشنده می گوید: این متاع را به شما می فروشم به شرط اینکه عبد نباشید. [زیرا نزد مشهور عبد قابلیّت تملکّ را ندارد، عبداً مملوکاً لایقدر علی شیئ.] یا خریدار می گوید: این متاع را از تو خریدم به شرط اینکه ممنوع از تصرّف نباشی، عبد نباشی [بنابر اینکه عبد مالک هم باشد، حقّ تصرّف ندارد.] یا طرفین هر کدام با دیگری شرط می کند که: با تو معامله می کنم به شرط اینکه از کسانی باشی که عقد با آنان مشروع است. مثلاً: می فروشم به شرط اینکه بالغ باشی خریدم به شرط اینکه مالک باشی و ... [تمام اینها از شروط صحّت عقد است.] و یا شرطی است که مصحّح عقد نیست و بدون آن هم عقد صحیح است. [مثلاً بگوید: ان جاءَ رأس الشهر فقد بعتک، ان طلعت الشمس فقد بعتک، ان قدم الحاجِ فقد اشتریت و ...] مجموع صور تا اینجا هشت صورت شد.

قوله: ثم:

همانطوری که در اوّل مسألهٔ تنجیز هم آوردیم، شرط و تعلیق گاهی به صراحت در عقد می آید و بدان تصریح می شود. [مثالهایی که تا به حال آوردیم عموماً از این قسم بود.] و یا از ضمن کلام فهمیده می شود و لازم الکلام است و در عبارت چیزی آمده که از آن تعلیق استشمام می شود. چند مثال:

۱ـ **در بیع بگوید:** ملکّتک هذا بهذا یوم الجمعة.

۲ـ **در باب قرض می گوید:** خذ هذا بعوضه یوم الجمعه.

۳ـ **در باب هبه می گوید:** خذ هذا بلاعوض یوم الجمعه.

در تمام این موارد اگرچه از ادات شرط استفاده نشده و نگفته: ان کان الیوم یوم الجمعة یا ان جاء یوم الجمعة، ولی تقیید انشاء به یوم الجمعه و آوردن آن به صورت ظرف تملیک، دلیل آن است که این تملیک [چه با عوض و چه بی عوض] به آمدن جمعه معلّق شده که جمعه هم اکنون و حین العقد و یا در آینده بیاید و بر این فرض تملیک می کند نه بر فرض دیگر. [فرقی ندارد که تعلیق صریح باشد یا ضمنی و تبعی].

قوله: و لذا:

شاهد بر عدم تفاوت بین دو قسم مذکور از تعلیق، فتوایی از علاّمه و فخر است: علاّمه ره در نهایة الکلام(۱) و فخر الدین پسر علاّمه در ایضاح الفوائد(۲) در این مسأله که وارثی گمان داشت که مورّث او مرده و با این گمان مال او را فروخت و در ظاهر هم به طور جزم گفت: بعت هذا بکذا، ولی آندو بزرگوار احتمال داده اند که: این بیع باطل باشد، به این دلیل که: عقد مذکور گرچه در صورت و ظاهر منجزاً انشاء شده ولی در سیرت و باطن معلّق است و گویا گفته:

---

(۱)نهایة الاحکام، ج۲، ص۴۷۷.

(۲)ایضاح الفوائد، ج۲، ص۳۶۰.

ان مات مورّثی فقد بعتک و لذا اشکال دارد. [پس لافرق میان شرط صریح و شرط ضمنی و تبعی.]

[حال اگر این دو قسم را در آن هشت صورت قبل ضرب نماییم، حاصلضرب آن شانزده قسم خواهد بود. ولی مرحوم شیخ این دو قسم را جدا حساب نمی کنند زیرا که ثمرهٔ عملی ندارد.]

قوله: فما کان:

حکم هر یک از هشت صورت از لحاظ قدح و عدم قدح تعلیق:

۱ و ۲ـ شرط و تعلیقی که معلوم الحصول است و طرفین علم به تحقّق آن دارد، آنهم همین حالا و در هنگام اجراء عقد، می دانند که شرط موجود است. [خواه شرطی باشد که مصحّح عقد است مثل ان کان لی فقد بعته و خواه در صحت عقد دخیل نباشد مثل: ان کان الیوم یوم السبت فقد بعته، و واقعاً هم روز شنبه است.]

[البته مرحوم شهیدی اینجا دوازده صورت فرض کرده به این صورت: دو قسم را که آوردیم و در هر یک از آندو فرض، یا شرط صریح است، و یا ضمنی. این چهار صورت، و در هر یک از آن صور یا شرط در آینده هم مثل حال معلوم التحقق است یا مجهول الحدوث است و یا معلوم العدم. ولی اینها نقش در بحث ندارد.]

حکم این دو صورت: به نظر ما چنین تعلیقی قادح نیست. و در این نظر با عدّه ای از بزرگان از قبیل: محقّق اول، علاّمه، شهید اول، شهید ثانی، محقّق ثانی، صیمری[۱] موافق هستیم، و همین نظر از شیخ طوسی در مبسوط[۲] و فخر الدین در ایضاح[۳] در مسألهٔ: ان کان لی فقد بعته، حکایت شده است و

(۱) غایة المرام خطی است.

(۲) المبسوط، ج۲، ص۳۸۵.

(۳) ایضاح الفوائد، ج۲، ص۳۶۰.

بلکه بالاتر از فتوای جماعت مذکور، در مسألهٔ عدم قدح شرط مذکور، مخالف صریحی یافت نشده است. و لذا مرحوم صاحب ریاض در باب وقف صریحاً ادعّای نفی خلاف کرده و فرموده: لاخلاف فی عدم القدح[۱]

۳و۴ـ قوله: وماکان:

قسم سوم و چهارم عبارتست از شرطی که معلوم الحصول است و طرفین علم به وقوع آن دارد، ولی می دانند که در آینده محقّق خواهد شد نه الآن، [که گاهی از شروطی است که مصحّح عقد است مثل: اگر در بیع سلم قبض ثمن فی المجلس صورت بگیرد، می فروشم، و می دانند که صورت خواهد گرفت، و قبض مذکور هم شرط صحّت بیع سلم است، و مرحوم شیخ این قسم را به صراحت در این فراز از کلامش متعرّض نیست، و گاهی شرطی است که مصحّح عقد نیست و این را شیخ آورده و فرموده:] از این تعبیر به صفت می شود. [که قبلاً اصطلاح صفت و شرط را بیان کردم.]

حکم این قسم آن است که: [امّا قسمی که شیخ نیاورد: حکمش صحّت است و ملحق به قسم ۱و۲ می باشد، و امّا قسم مذکور در مکاسب:] این قسم در معقد اجماع فقهاء داخل بوده و اجماع بر عدم جواز تعلیق، این را شامل است.

البته تعلیلی که فقهاء برای منع از تعلیق آوردند [و گفتند: تعلیق منافی جزم است.] اینجا جاری نیست. [زیرا با علم به حصول شرط در آینده، جزم و قاطعیّت هست و تردیدی ندارند.] ولی معذلک آن را منع کرده اند. چنانکه شهید اوّل در قواعد صریحاً اعتراف کرده که: لانّه بعرضة عدم الحصول ولو قدّر العلم بحصوله کالتعلیق علی الوصف ونظیر این مطلب از شهید ثانی هم حکایت شده است.[۲]

---

(۱)ریاض المسائل، ج۲، ص۱۸.

(۲)المسالک، ج۱، ص۳۳۹.

بلکه از کلام شیخ در مبسوط در باب وقف استفاده می شود که: عدم جواز چنین تعلیقی مورد قبول عامّه و خاصه است و از اموری است که میان مسلمین در آن خلافی نیست.

فرمایش شیخ طوسی: اگر واقف در حین انشاء وقف بگوید: اذا جاء رأس الشهر فقد وقفته [که مجیئ اوّل ماه را قید و شرط قرار داده و قطعی الحصول هم هست] چنین وقفی صحیح نیست بلاخلافٍ، زیرا این وقف مانند بیع و هبه است نزد همهٔ مسلمین [که در بیع و هبه تعلیق جایز نیست.] و مانند عتق هم هست نزد امامیّه.(۱)

[که تعلیق در عتق را جایز نمی دانند، ولی عامّه تجو یز می کنند.]

مرحوم شیخ می فرماید: این تعلیل ذیل کلام مبسوط، دلالت دارد که مماثلت وقف با بیع و هبه، اختصاص به امامیّه ندارد، [عامّه هم قبول دارند] آری مماثلت وقف با عتق مخصوص امامیّه است. [و لذا عندنا فرمود.]

۵و۶ـ قوله: وماكان منها:

عقد معلّق شود بر چیزی که مشکوك الحصول، مجهول التحقّق، محتمل الوقوع است هم در حال و هم در استقبال [والاّ اگر در هر دو یا در یکی از آندو زمان، معلوم باشد، به یکی از چهار صورت قبل ملحق می شود.] و طرفین نمی دانند که آیا این شرط یا معلّق علیه واقع است یا نه؟ در آینده واقع خواهد شد یا نه؟ و ضمناً شرط هم از شروطی است که در صحّت عقد نقشی ندارد و بدون آن هم عقد صحیح است. مثال:

ان قدم الحاج فقد بعته، ان جائک زید فقد بعته، ان رزقت ولداً فقد آجر ته، ان رکب الامیر اتزّوجک و ...،

حال اگرچه در صورت چهارم گفتیم: الظاهر انّه لاخلاف ...

(۱) المبسوط، ج۳، ص۲۹۹.

ولی در این دو صورت می گوییم: قدر متیقن و فرد اکمل از معقد اجماع فقهاء همین دو مورد است، یعنی اینکه فقهاء عظام ادّعای اجماع کرده اند بر اینکه: تنجیز در عقد شرط است و تعلیق قادح است، قدر مسلّم این دو فرض است. و تعلیق حقیقی هم مربوط به همین دو فرض است که واقعاً طرفین نمی دانند و جازم نیستند و لذا معلّق می کنند. پس اگر عقد به چنین شرطی معلّق شد باطل خواهد بود.

۷و۸ـ قوله: و ماکان:

آنجایی که عقد و انشاء بر امر مجهول الحصولی [که هم در حال عقد و هم در استقبال مشکوك است.] و ضمناً شرطی باشد که مصحّح عقد است و صحّت عقد و مؤثر بودن آن در نقل و انتقال، منوط به این شرط می باشد.

مثال: سابقاً در تشقیق شقوق مثالهای زیادی از شروط عوضین و متعاقدین آوردیم، از قبیل: بعتک ان لم یکن خمراً و خنزیراً، اشتری منک ان لم یکن امّ ولد، او وقفاً و... اشتریت منک ان کنت مالکاً او متمکّناً من التصرّف، او حرّاً و... بعتک ان کنت بالغاً، عاقلاً، مختاراً، قاصداً و...، و علاوه بر مثالهای مذکور می توان مثال آورد به اینکه: ان کان هذا مالی فقد بعته منک، ان کانت فلانة زوجتی فهی طالق و...

حکم: کلام فقهاء در این باب مطلق است یعنی بقول مطلق می گویند: تعلیق عقد بر شرط مجهول الحصول قادح است، و اطلاق کلام هم فرض ۵ و۶ را می گیرد که شرط مصحّح عقد نبود، و هم فرض ۷و۸ را که مورد بحث ما است می گیرد. پس مقتضای این ظاهر آنست که: باز هم بالاجماع چنین تعلیقی جایز نباشد.

ولکن شیخ طوسی در کتاب مبسوط در مسألۀ: «ان کان لی فقد بعته» از بعض عامّه و اهل سنت[1] نقل کرده که: آنها قائل به صحّت چنین عقدی شده اند، و

(۱) المبسوط، ج۲، ص۳۸۵.

گفته اند: چنین شرطی [ان کان لی، که مال من بودن از شروط صحّت بیع برای من است.] ضرری به حال عقد ندارد. و در مقام استدلال چنین آورده اند: موجب و بایع شرط جدیدی و مطلب تازه ای نیاورده، بلکه آنچه را که در واقع بوده [و اگر به زبان هم نمی آورد و بدان تصریح هم نمی کرد، و عقد را مطلق و بدون آن هم انشاء می کرد، باز مقتضای اطلاق عقد آن بود که باید مال من باشد تا بتوانم بفروشم،] در متن عقد شرط کرده است. و این مقدار که قادح نیست.

سپس بعض العامّه به عنوان مثال گفته: لانّه انّما ...

بیان مطلب: فرض مسأله جایی است که: زید کنیزی را به مبلغ هزار دینار به ذمّه خریداری کرده و بدنبال آن نزد بکر آمده و می گوید: من وکیل شما بودم و این جاریه را برای شما خریدم، و مؤکّل این وکالت را انکار می کند ولی برای احتیاط می گوید: اگر این جاریه مال من است به شما فروختم به همان مبلغ هزار دینار، که این شرط را نمی آورد هم واقع همین بود، زیرا تا مال او نباشد نمی تواند بفروشد، پس آنچه را مقتضای اطلاق عقد بوده به زبان آورده و اینکه اظهارش و شرط کردنش ضرری ندارد و محذوری بوجود نمی آورد.

سپس مانحن فیه را [شرطی که از قبیل شرط صحّت است و در سلسلهٔ علل و اسباب قرار دارد، تنظیر نموده به باب اشتراط بعض اموری که در سلسلهٔ معالیل و مسبّبات و لوازم و آثار و احکام عقد قرار دارد، و گفته: همانطوری که اشتراط این امور بلامانع است.

[مثلا بگوید: بعتک بشرط تسلیم الثمن، اشتریت منک بشرط تسلیم المثمن، بشرط ان یجوز لی التصرف، و ...] هکذا اشتراط آن امور هم بلامانع است. [مثلاً بگوید: بعتک ان کان لی و ...] انتهی کلامه.

مرحوم شیخ می فرماید: مطلب مذکور را شیخ طوسی مستقیماً فتوی نداده

بلکه از بعض عامّه نقل کرده، ولی ظاهر امر نشان می دهد که: این رأی مورد پسند شیخ هم بوده و آن را قبول داشته [وگرنه آن را ردّ می کرد و می فرمود: ما امامیّه بالاجماع این را قبول نداریم و... از اینکه متعرّض ردّ و ایراد نشده، ما رضایت و خشنودی او را استظهار می کنیم. و این نتیجه دارد که در ادامه خواهد آمد.]

قوله: وحاصله:

مرحوم شیخ در این فراز، حاصل کلام بعض العامّه را در قالب علمی و فنّی به سه تعبیر خلاصه می کنند، و قبل از آن مقدّمه ای می آوریم:

هر عقد صحیحی لوازمی و ملزوماتی، اسبابی و مسبّباتی علل و معلولاتی دارد یعنی خود، مسبّب و معلول عوامل و شرائطی است. و خود هم علّت سبب یک سلسله احکام و آثاری است، به عبارت دیگر: مقدماتی دارد که متوقف بر آنها است، و غایات و نتایجی دارد که آنها بر عقد مبتنی هستند. کلیّهٔ شروط صحّت عقد و شروط عوضین و متعاقدین از مقدّمات و شروطند و باید پیش از عقد وجود داشته باشند. و کلیّهٔ آثار و احکام از صحت و لزوم و خیارات و... از وضعی و تکلیفی پس از عقد و متفرّع بر آن است. با این مقدمّه می گوییم:

۱ـ همانطوری که آوردن لوازم و آثار عقد و اشتراط عقد به آنها بلامانع است. هکذا تعلیق عقد به چیزهایی که از اسباب و علل عقد هستند، و در واقع صحت عقد و انعقاد آن در گرو این امور می باشد، صحیح است و ضرری نمی رساند.

۲ـ همانطوری که هر یک از طرفین می توانند دیگری را به برخی از غایات عقد [تسلیم ثمن، مثمن و...] ملزم ساخته و اینها را در عقد شرط کنند هکذا تعلیق عقد به برخی از مقدّمات آن [از قبیل: مالیّت، بلوغ و...] بلامانع است.

۳ـ همانطوری که الزام به آنچه مقتضای عقد است و عقد آن را اقتضا می کند [از قبیل: تسلیم ثمن، تصرّف در مثمن و...] بلامانع است. همچنین تعلیق عقد

به آنچه که مقتضی از برای صحت عقد است و در واقع عقد معلّق بر او و مقیّد به آن است [مالیت، ملکیّت و ...] نیز بلامانع است.

[و دلیل تمام اینها از زبان بعض ذکر شد که: ذکر شرط در متن عقد، چیز تازه ای نیست بلکه آنچه را مقتضای اطلاق بود آورده اند.]

قوله: و هذا الوجه:

مرحوم شیخ می فرماید: [اگر تعلیق عقد محذور داشته باشد] بدین وسیله و با توجیه مذکور، آن محذور مرتفع نمی شود.

بیان ذلک: یک وظیفه ای متکلّم و عاقد دارد و یک وظیفه ای شارع:

وظیفهٔ عاقد عبارتست از انشاء یعنی ایجاد مدلول کلام، مثلاً انشاء ملکیّت یا زوجیّت و ... و وظیفهٔ شارع عبارتست از: حکم به صحّت این عقد، امضاء این عقد، بیان اینکه شرعاً این عقد فلان اثر دارد یا نه، حال خود انشاء یعنی مدلول کلام [اضافهٔ انشاء به مدلول کلام، بیانیّه است.] معلّق بر چیزی نیست و به نفس کلام این مدلول ایجاد شد و محال است که مدلول کلام از کلام جدا شود.

پس بایع که می گوید: ان کان لی فقد بعته، با همین کلام انشاء ملکیّت آمد و انشاء جدا از کلام نیست. آنکه معلّق است حکم شارع به صحّت و امضاء شارع، ترتّب اثر شرعی نقل و انتقال است که مشروط به مال بایع بودن و ... می باشد، که اینهم مضمون عقد نیست، و در کلام متکلّم بر چیزی معلّق نشده، نه تنها معلّق نیست، بلکه منجّز هم نیست، زیرا که این امور ربطی به مفاد عقد ندارد و حکم شرعی است که مربوط به شارع است و از خارج عقد باید ببینیم امضاء کرده یا نه؟ پس آنچه که مربوط به عاقد و عقد و انشاء است که معلّق نیست، و آنچه معلّق است ربطی به عقد ندارد و عقد در واقع معلّق به آن نیست. [فما قصد لم یقع و ماوقع لم یقصد.]

پس بعض العامّه از فرض مسأله خارج شدند، زیرا فرض بحث در تعلیق

خود عقد است، پس محذور تعلیق خود عقد حلّ نشد.

قوله: الاّ انّ:

اگرچه اشکال مذکور را برتوجیه عامّه داشتیم، ولی سخن عامّه و توجیه آنان برای ما مهمّ نیست، مهمّ آنست که: همانطور که قبلاً اشاره شد، شیخ طوسی ره این را نقل کرده و آن را پسندیده است. و این برای ما مهمّ است زیرا که عمده دلیل ما بر اشتراط تنجیز، و قدح تعلیق، اجماع است. و با مخالفت شیخ طوسی در صورت ۸و۷، اجماع از بین می رود، و در دو فرض مذکور، دلیلی بر بطلان عقد به وسیلهٔ تعلیق نخواهیم داشت.

[و در نتیجه یا باید به عمومات و اطلاقات برگشته و حکم به صحّت چنین عقدی بنمائیم، و یا اگر در اطلاق و عموم مناقشه کردیم، باید به اصالة الفساد که اصل اوّلی در معاملات است، برگردیم.]

قوله: مع انّ:

فائدهٔ دیگری هم توجیه بعض العامّه و نقل کلام آنان از سوی شیخ طوسی ره دارد و آن دفع توّهم است: امّا توّهم:

اگر کسی بگوید: اینکه بعض العامّه حکم به صحت کردند، مخصوص موردی است که شرط معلوم الحصول باشد، یعنی مثلاً بایع با علم به اینکه: کتاب مال او است بگوید: ان کان مالی فقط بعته، زوج با علم به اینکه فلان زن زوجهٔ او است بگوید: ان کانت فلانة زوجتی فهی طالق و... و امّا صورت جهل و شک در حصول شرط را که محلّ نزاع است، شامل نیست.

امّا دفع: در جواب می گوییم: توجیه مذکور دلیل آنست که محلّ کلام اعمّ از فرض علم به وجود معلّق علیه یا جهل به آن است.

[به قول مرحوم شهیدی: به جای: یدّل علی انّ محل الکلام فیما لم یعلم... خوب بود بفرماید: یعمّ مالم یعلم که انسب بود[1]] [زیرا که در ادامهٔ استدلال

(۱)هدایة الطالب، ص۲۰۱.

بعض عـامّه چنین آمـده بود: لانّه انّمـا یصح البـیع لهـذه الجـاریة من الموکل اذا کـان اذن له فی الشـراء، کـه ظاهر مطـلب آنست کـه: مـوکّل الان شک دارد و نمی داند که: جاریهٔ او است، و با فرض جهل به آن می گوید: ان کان لی ...]

قوله: ویؤیّد ذلك:

کلام شهید در قواعد هم مؤیّد همین عمومیّت است، آنجا که فرموده: اصّح آنست که: تـعلیق بیع بر چیزهایی کـه در واقع شرط البیع هستند، صـحیح است. مثل: بعتک ان قبلت، که قبول شرط صحت بیع و انعقاد آن است. و اطلاق کلام هم فرض علم بایع به حصول قبول بعدی از سوی مشتری را شامل است و هم فرض جهل بایع را.[1] و نیز از اواخر کتاب قواعد شهید هم این تعمیم مستفاد است[2]

قوله: ثمّ انّك:

اجمالاً معلوم شد که در برخی از صور هشتگانه تعلیق قادح است و در بعض دیگر ضرری ندارد. و ضمناً قبلاً در بیان فـتاوی به پاره ای از ادّلهٔ مسأله اشاره شد و اینک وقت آن است که: مهمترین ادّلهٔ مطلب را مورد نقد و بررسی قرار دهیم:

۱ـ اجماع: مرحوم شیخ می فرماید: عمده دلیـل ما در مسأله [اشتراط تنجیز] همین اجـماع است. [زیرا آیه و روایت که به این مناسـبت نداریم، دلیل عقلی هم کـه وجـوهی از اعـتـبارات است و در ادامـه ردّ خـواهیم کـرد. پس دلـیل اصلی مـا همین اجماع است. و ظاهراً مرحوم شیخ می پذیرد.

ولی بعض از محشیّن در آن مناقشه کـرده و فرموده اند: احراز کـون الاجماع تعبّدیاً لامدرکـیّا مشکلٌ جداً فانّ مع ذکـر الوجوه المذکورة فی عدم جـواز التعلیق و عـدم تمامیـتّها عندنا لایمکن الاطمینان بانّ المدرك لاتفـاقهم کـان امراً آخر لم یصل الینا و لو وصل لکان تامّاً عندنا ایضاً ...[3]]

---

(۱)القواعد والفوائد، ج۱، ص۶۵.

(۲)القواعد والفوائد، ج۱، ص۱۵۶.

(۳)ارشاد الطالب، ج۲، ص۱۲۳.

۲ـ و ربّما یتوّهم: بعضی ها خیال کرده اند: فلسفهٔ اشتراط تنجیز در عقد آن است که: اساساً انشاء از اموری است که قابل تعلیق نیست، و تعلیق آن عقلاً محال است و انشاء با تعلیق یک بام و دو هوا است [چون انشاء یعنی ایجاد مطلب با نفس این کلام، و تعلیق یعنی ایجاد آن پس از معلّق علیه، و این تنافی است.]

و در نتیجه اصولاً عقد تعلیقی یافت نمی شود، تا از صحّت و فساد آن بحث شود. و از قبیل سالبه به انتفاء موضوع است. اینست که باید عقد منجّز باشد تا عقد باشد.

مرحوم شیخ می فرماید: بطلان این توّهم واضح است، زیرا شما که می گویید: انشاء تعلیق بردار نیست، منظورتان چیست؟ مقدّمه:

در هر عقد و ایقاع و بلکه در هر جملهٔ انشائیه ای یک انشاء و جعلی وجود دارد که کار منشی و موجب و قابل است و آن عبارتست از جعل و ایجاد امری از امور، مثلاً جعل ملکیّت مبیع برای مشتری به ازاء ثمن، یا جعل زوجیّت فلان زن برای فلان مرد در قبال مهریهٔ کذا، یا جعل فراق، یا جعل حرّیت و ... و یک مُنشَأ و مجعولی وجود دارد که اثر انشاء است و آن عبارتست از: ملکیت، زوجیّت، فراق، حرّیت و ...

به عبارت دیگر: سببی وجود دارد که عقد باشد و مسببّی وجود دارد که اثر حاصل از عقد باشد.

با این مقدّمه می گوییم: اگر مراد متوّهم آن است که: نفس انشاء و ایجاد معنی در عالم اعتبار قابل تعلیق نیست، راست می گوید، زیرا که نفس انشاء مدلول صیغه است و با آمدن دالّ مدلول هم می آید و معنی ندارد که کلام الآن بیاید ولی معنی بعداً بیاید، قابل انفکاك نیست، و ماوجد فی الخارج یمتنع عدمه.

وبالجمله انشاء تعلیق بردار نیست که: علی تقدیر موجود باشد و علی تقدیر معدوم باشد، بلکه یا موجود است، و یا معدوم. ولیّ تعلیق انشاء از محلّ بحث

خارج است. و اگر مراد اینست که: آن منشأ به این انشاء یعنی حصول ملکیّت و زوجیّت و ... ، و در حقیقت امضاء و حکم شارع به ملکیّت و ... تعلیق بردار نیست یعنی انشاء ملکیت بنحو مطلق و بی قید و شرط وعلی کل تقدیر صحیح است ولی انشاء آن علی تقدیر دون تقدیر آخر صحیح نیست و ما ملکیت مطلقه داریم ولی ملکیت معلقه نداریم.

مثلاً بگوید هذا لک ان جاء زید غداً، که انشاء ملک الآن است ولی خود ملکیت منوط به مجیئ زید در فردا است، یا مثلاً خذ هذا قرضاً او قراضاً اذا اخذته من فلان، یعنی فلان مال را به عنوان قرض، یا به عنوان مضاربه به شما دادم اگر از فلانی آن را اخذ کنی، که قرض و ملک منوط به اخذ از فلان شده است و ...] چنین چیزی هم عقلاً متصور و معقول است، و هیچ محذوری ندارد که بر تقدیری اثر حاصل شود و بر تقدیری حاصل نشود. و نمونه اش هم در عرفیات و هم شرعیات فراوان است، چه در امور عبادی و چه معاملی چه در عقود و چه در ایقاعات.

[مثلاً در اوامر واجب مشروط داریم که اصل انشاء وجوب با آمدن امر است. ولی مُنشأ به این انشاء یعنی نفس وجوب، پس از حصول شرط می آید، مثل اکرم زیداً ان جائک، و مانند نذر و عهد و یمین که هم مطلق دارد.

مثل: للّه علیّ ان افعل کذا وکذا، و هم مقیّد و مشروط دارد. مثل: ان قدم المسافر، علیّ کذا وکذا، اگر مریضم شفا یافت چنین و چنان کنم و ... و در عقود، مثل وصیّت که موصی می گوید: اوصیت لفلان بثلث مالی، که انشاء وصیّت الان است ولی مُنشأً به آن که مالکیّت فلان نسبت به ثلث مال باشد پس از موت موصی است. و در ایقاعات، مثل تدبیر که مولایی به عبدش می گوید: انت حرٌّ دبر وفاتی، باز انشاء با گفتن همین صیغه است ولی مُنشأً که حریّت باشد پس از وفات مولی و معلّق به امر استقبالی است.

بنابراین هیچ محذوری در تعلیق نیست. و بحث ما هم در همین قسم است، و در حقیقت تعلیق العقد اوالانشاء که عنوان مسأله بود منقّح شد و معلوم گردید که مراد تعلیق مُنشأ و اثرالعقد است.]

۳ـ قوله: ویتلو هذا الوجه:

وجه سوّم از وجوه اشتراط تنجیز در عقود و ایقاعات و بطلان تعلیق در آنها عبارتست از وجهی که مرحوم صاحب جواهر(۱) فرموده.

بیان ذلک: آیهٔ شریفه می فرماید: ﴿**اوفوا بالعقود**﴾ ظاهر آیه اینست که تمام الموضوع برای وجوب وفاء و ترتیب اثر، عقد است. [و موضوع نسبت به حکم از قبیل علّت نسبت به معلول است.]

پس عنوان عقد سبب ترتّب آثار است، و قانون سبب و مسبّب آنست که به مجرد تحقّق سبب، مسبّب هم متحقّق و مترتّب می شود و انفکاك معلول از علّت محال است. پس همراه با وقوع عقد و تحقّق این عنوان و انشاء ایجاب و قبول باید ملکیّت و زوجیّت و... محقّق شود. و تعلیق با این معنا منافی است، یعنی باعث می شود که مسبّب بر سبب مترتب نشود، اثر از مؤثّر جدا شود.

[و در یک کلام: تعلیق مستلزم محال است، و مستلزم المحال محالٌ، پس تعلیق محال و باطل است.] پس به حکم عقل و برهان چاره ای از قبول تنجیز و بطلان تعلیق نداریم.

قوله: وفیه:

مرحوم شیخ به شش بیان از این دلیل پاسخ داده و آن را ردّ می کنند:

جواب اوّل: ادلّهٔ صحت و لزوم معاملات که در اوفوا بالعقود خلاصه نمی شود، تا مستدلّ آن حرفها را بزند، بلکه عمومات و اطلاقاتی داریم که هریک از عقد و ایقاع منّجز و معلّق هر دو را شامل می شود، و از آنها

(۱)جواهر الکلام، ج۲۳، ص۱۹۸.

مدد می گیریم.

فی المثل آیهٔ بیع می گوید: ﴿احلّ اللّه البیع﴾ و در مبحث معاطات گذشت که مراد بیع عرفی است و این آیه دلیل بر صحت آن بیع است و بی تردید بیع عرفی منحصر در بیع منجّز نیست، بلکه عرف همانطوری که بیوع منجّزه دارند، هکذا معاملات معلّقه نیز دارند [از قبیل: تعلیق بیع بر اجازهٔ پدر، اجازهٔ همسایه، اجازهٔ دوست، شریک و ...]

و از قبیل آیهٔ تجارت: ﴿تجارةً عن تراض﴾ که این نیز اطلاق دارد و هر نوع تجارت همراه با تراضی طرفینی را شامل است. چه تراضی بر تجارت منجّزه باشد و چه معلّقه. و از قبیل: «الناس مسلطون علی اموالهم» که هر دو نوع بیع [منجّز و معلّق] از شُعَبِ سلطنت مردمان بر اموالشان بوده و مشمول عموم حدیث سلطنت است.

و از قبیل: المؤمنون عند شروطهم ای التزاماتهم که التزام بی قید و شرط را می گیرد، التزام معلّق و مشروط را هم شامل می شود. [ضمناً آیهٔ بیع و تجارت و ... دلیل صحّت اند، و حدیث اخیر از ادلّهٔ لزوم است.]

حال ما این عمومات و مطلقات را داریم و به برکت اینها مشروعیّت بیع معلّق را تضمین می کنیم و نیازی به آیهٔ وفاء به عقد هم نداریم.

جواب دوّم: قوله: انّ العقد:

بر فرض که دلیل ما بر صحت و لزوم، آیهٔ وفاء به عقد باشد، باز هم به نفع ما است و از آن تنجیز مستفاد نیست.

بیان ذلک: کلمهٔ عقود به معنای عهود است آنهم یا عهد مطلق و یا خصوص عهد مشدّد، و در هر حال مفاد آیه نظیر مفاد ف بنذرك، ف بعهدك، ف بیمینك و ... می باشد، و همانطور که در نظائر مانحن فیهِ، کسی نگفته: وفا بهِ نذر واجب است و اگر کسی نذر یا عهد و یمینش را معلّق کرد باطل است، خیر نذر منجّز داریم

از قبیل: للّه علیّ ان اصلّی صلوة اللیل.

و نذر معلق داریم، از قبیل: اگر مرضم خوب شد، یا مریضم شفا یافت و... سه روز روزه بگیریم [یوفون بالنذر ...] و هکذا عهد ویمین، و اطلاق فِ بنذرك، اصل وجوب وفاء به نذر را دلالت می کند.

امّا خصوص نذر منجّز را شامل شود، دلیل ندارد، هر دو را می گیرد. ما نحن فیه هم از این قبیل است. یعنی آیهٔ اوفوا بالعقود فقط دلالت دارد که به مفاد عقد و قرار دادتان عمل کنید، و امّا اینکه آیا عقد شما منجّز است یا معلّق؟ آیه با آن کاری ندارد. و بلکه به عمومش هر دو قسم را می گیرد، پس در بیع معلّق کسی که منتظر آمدن شرط است تا به عقدش وفاء کند، نمی گویند: فلانی به عقدش وفاء نکرد.

قوله: والحاصل:

اینکه صاحب جواهر فرمود: عقد که آمد مسبّب او هم حتماً باید بیاید و تخلّف محال است، منظورش از مسبّب چیست؟

آیا مراد، مدلول عقد است؟ اگر این باشد، ما هم قبول داریم و اصولاً از محالات بدیهیّه است که عقد و کلام بیاید ولی مدلول آن نیاید، و کلام دالّ بر آن نباشد، و مخاطب از آن چیزی نفهمد.

یا اینکه مراد از مسبّب، اثر شرعی عقد است؟ [ملکیّت در باب بیع، زوجیّت در باب نکاح و...] اگر این باشد، می گوییم: قبول نداریم که اثر مطلق بیع، خصوص ملکیّت منجّزه باشد، بلکه اثر مطلق البیع [که مقسم از برای بیع منجّز و معلّق است] مطلق الملک است [که مقسم ملک منجّز و معلّق است] آنگاه اگر بیع، مطلق بود و بر امری معلّق نبود، اثر آنهم که ملکیت باشد، مطلق و علی کلّ تقدیر بوده و معلّق نخواهد بود، و بدنبال عقد بیع حتماً خواهد آمد. و اگر بیع، معلّق بود، اثر شرعی آنهم معلّق خواهد بود. پس خود آیهٔ وفاء به عقد

هم به نفع ما است.

جواب سوّم: قوله: مع انّ:

شما گفتید: عقد که آمد ملک حتماً می آید و تخلّف بردار نیست. ما می گوییم: موارد زیاد در شرع وجود دارد که اثر یعنی ملک از مؤثر یعنی عقد تخلّف کرده و اینها مادّه نقض بر مستدّل است:

الف: در بیع صرف عقد واقع شده ولی تا تقابض فی المجلس حاصل نشود ملکیّت نمی آید. پس مسبّب از سبب جدا شد.

ب: در بیع سلم، عقد واقع شده ولی تا قبض ثمن در همان مجلس معامله حاصل نشود ملکیّت نمی آید.

ج: در معاطات، بر مبنای مشهور، از اوّل مفید ملک نیست، بلکه پس از تلف یا تصرف و ... ملک می آید، پس سبب آمده ولی مسبّب متأخّر است.

د: در بیع فضولی، بنابر اینکه اجازهٔ مالک ناقله باشد، تا اجازه نیاید ملکیّتی نیست. پس باز عقد قبلاً واقع شده ولی ملک که اثر آن باشد بعد از اجازه می آید.

هـ: در بیع معمولی بر مبنای شیخ طوسی تا مدّت خیار منقضی نشود ملکیّت نمی آید، با اینکه عقد مدّتها قبل منعقد شده ولی ملکیّت پس از انقضاء مدّت خیار می آید.

جواب چهارم: قوله: مع انّ:

شما گفتید: تعلیق مخالف با ترتّب مسبّب بر سبب است، و موجب تخلّف معلول از علّت می گردد ... ما می گوییم: دو مادّهٔ نقض برای این مطلب داریم:

الف: اگر بایع بگوید: بعتک ان شئت، یا ان قبلت، که عقد را بر مشیّت یا قبول مشتری معلّق کرده، بلااشکال اینهم نوعی تعلیق است. و معذلک به مجرّد قبول مشتری، ملکیّت می آید. پس تعلیق باعث انفکاك اثر از مؤثر نشد.

ب: اگر مشتری بگوید: اشتریت منک ان بعت، و بایع بگوید: بعتک ...

باز عقد معلّق است ولی اثر آن بلافاصله است پس از هیچ طرف منافات یا ملازمه ای نیست، یعنی نه تنجیز همه جا موجب آنست که بلافاصله پس از عقد، ملکیّت بیاید. [در جواب سوّم گذشت.] و نه تعلیق موجب آنست که همیشه اثر عقد از خود عقد جدا شود. [در این جواب گذشت.]

جواب پنجم: قوله: مع انّ:

باز هم دو مادهٔ نقض دیگر:

الف: اگر عقد را بر شرطی که تحقّق آن در حال عقد، مشکوك است و طرفین علم به آن ندارند ولی در واقع آن شرط متحقّق می باشد، معلّق کنند.

مثلاً بگوید: اگر امروز اوّل ماه است می فروشم، و در واقع هم چنین است. در اینجا هم نمی گویند: این عقد معلّق و موقوف بر امری است که هنوز نیامده و باید انتظارش را بکشیم، بلکه می گویند: مراعی است یعنی منتظر انکشاف حال هستیم که پس از انکشاف، ملکیّت از حین عقد مترتب است. پس تعلیق هست ولی اثر ملکیّت متخلّف نشد.

[ب: و به طریق اولی اگر عقد را معلّق کنند بر شرطی که هم اکنون متحقّق است و طرفین هم علم به آن دارند، باز تعلیق صوری هست ولی تخلّف اثر از مؤثر نیست.]

جواب ششم: قوله: مع انّ:

شما گفتید: عقد که آمد سبب آمده و مسبّب هم حتماً مترتب می شود و تخلّف برنمی دارد، ما می گوییم: در شرع مقدّس عقود و ایقاعات فراوانی را می شناسیم که گاهی مقتضا و اثر آنها از خود آنها متأخّر است و هیچ محذوری هم ندارد. به عنوان مثال:

الف: در وصیّت تملیکی: انشاء وصیت الآن است ولی مالکیّت موصی له نسبت به مال مورد وصیّت، بعد از مرگ موصی است.

ب: در سبق و رمایه: اجراء عقد الآن است ولی مالک شدن سَبَق و عوض پس از انجام مسابقه و در پایان آن در صورت برنده شدن است.

ج: در جُعاله: اجراء عقد الآن است. مثلاً جاعل می گوید: مَنْ ردّ علیّ ضالّتی فله کذا و کذا، عامل هم قبول می کند، ولی تا عمل را کامل انجام ندهد و گمشده را تحویل جاعل ندهد، مستحقّ عوض نیست. حتّی اگر عبد را تا درب منزل مولی آورد و از دست او گریخت باز هم مالک جُعل نمی شود.

د: در وقف: به مجرّد انشاء صیغهٔ وقف، موقوف علیهم مالک نمی شوند، بلکه پس از قبض مالک می شوند.

هـ: در هبه: حکم وقف را دارد.

ز: در تدبیر: انشاء حرّیت الآن است ولی خود حریّت پس از مرگ مولی است.

قوله: ولیس:

اگر کسی بگوید: بحث ما در خصوص بیع است و شما از باب هبه و وقف و جعاله و ... مادّهٔ نقض می آورید؟! در جواب می گوییم: خیر، بحث ما در خصوص بیع نیست. بلکه در شروط مطلق عقد است. و اشتراط تنجیز مخصوص بیع نیست.

قوله: ولیس:

اگر کسی بگوید: اشتراط تنجیز در هر عقدی دلیل خاصّی می طلبد و در موارد مذکور دلیل بر جواز تعلیق داشتیم، ولی در باب بیع نداریم، پس باید تنجیز را شرط کنیم. جوابش آنست که: خیر: ادلّهٔ اشتراط تنجیز، مسألهٔ اجماع، منافات انشاء با تعلیق و ... می باشد که مشترك میان همهٔ عقود و ایقاعات است. و اختصاصی نیست. پس از هر باب می توانیم اشکال نقضی بیاوریم.

۴ـ قوله: ثم الاضعف:

چهارمین دلیلی که برای اشتراط تنجیز اقامه شده آنست که: عقود و ایقاعات

اسباب شرعیه هستند، [چون شارع اینها را سبب برای آثاری قرار داده، البته به جعل امضایی نه تأسیس] و اسباب شرعیه توقیفی هستند یعنی باید ببینیم از شارع چه رسیده و کدام را سبب قرار داده؟ آیا خصوص منجّز را؟ یا مطلقا؟ پس باید به قدر متیقن اکتفا کنیم، و آن عقود منجّزه است و در مازاد مشکوك [عقد معلّق] به اصل فساد در معاملات، رجوع کنیم. پس باز هم تعلیق مضرّ است.

قوله: اذفیه:

مرحوم شیخ در جواب می فرماید: چه جای قدر متیقن است؟ چه جای رجوع به اصل فساد است؟ همانطوری که در جواب صاحب جواهر گفتیم: ما عمومات و اطلاقاتی در هر باب از ابواب عقود داریم [از قبیل: اوفوا بالعقود، احلّ اللّه البیع و ...] و به حکم این عمومات عقد معلّق را هم تجویز می کنیم، و لازم نیست دلیل خاص باشد، همین عمومات هم ما را بس است و امضاء شارع را از آنها بدست می آوریم، و توقیفی بودن هم محفوظ است.

[اگر کسی بگوید: این عمومات و اطلاقات، بر فرد متعارف حمل می شود، و فرد متعارف، عقد یا ایقاع منجّز است.

در جواب می گوییم:

اوّلا: به چه دلیل فرد منجّز، فرد متعارف است؟ خیر، در قراردادهای عقلایی که میان دولتها و ملّتها رواج دارد هم قراردادهای منجّز زیاد است و هم معلّق.

ثانیاً: فرد متعارف بودن موجب انصراف نیست زیرا هر مطلقی فرد اکملی دارد.

ثالثاً: بر فرض با انصراف، جلو اطلاقات را بگیرید ولی جلوی عمومات را نخواهید توانست بگیرید، از قبیل: اوفوا بالعقود، المؤمنون عند شروطهم و ...]

قوله: وبالجملة:

با توجه به اینکه: ادّله صحّت و لزوم عقود، اطلاق و عموم پیداکرد و با توجه به اینکه در خارج و در میان عقلاء هم هر دو قسم معامله [منجّز و معلّق] فراوان است. نتوان از آیات و روایات واستدلالهای عقلی بر اشتراط تنجیز دلیل آورد. و یگانه دلیل بر شرط مذکور، اجماع است که به هر دو قسم آن [محصّل و منقول] قابل ادّعا است.

[مرحوم شیخ طرفدار اشتراط تنجیز است و دلیل ایشان هم اجماع است. ولی به قول محشیّن، این دلیل هم قابل مناقشه است، امّا اجماع محصّل که قابل تحصیل نیست و امّا اجماع منقول هم که حجّت نیست، مخصوصاً در مثل این مسأله که محتمل المدرکیّة است. پس دلیل بر اشتراط تنجیز نیست. و حق این است که انشاء عقد چه منجّز و چه معلّق، هر دو صحیح است.]

قوله: ثم انّ:

بطور کلّی در رابطه با تعلیق و تنجیز عقد و شروطی که مطرح است صوری متصوّر است که حکم هر کدام ذیلاً بیان می شود:

۱ـ گاهی نفس انشاء و عقد معلّق است و منشی عقد را معلّقاً انشاء کرده مثلاً گفته: ان کان زیدٌ راضیاً فقد بعته و... که اصل انشاء بیع را به رضایت زید منوط کرده است.

حکم این صورت مبسوطاً بیان شد و صور تعلیق هشت صورت بود که در بعض صور تعلیق قادح بود و در بعض صور قادح نبود.

و عمده دلیل قدح، اجماع بود که به هر دو قسمش [محصّل و منقول] ادّعا شد.

[۲ـ و گاهی عقد به طور منجّز انشاء شده و شخص منشئ و انشاء کننده هم جازم است به ترتّب اثر شرعی بر این عقد، و جزمش هم مطابق واقع است.

مثال: یقین دارد که این کتاب مال او است و اشتباه هم نمی کند و با این فرض

جزماً می گوید: بعتُ هذا الکتاب بکذا.

حکم این صورت پرواضح است که چنین عقدی صحیح است و مؤثّر، و مصداق اکمل تنجیز در عقد همین است.

۳ـ و گاهی انشاء عقد تنجیزی است، و انشاء کننده هم جزم به ترتّب اثر شرعی [ملکیّت، زوجیّت و ...] بر این عقد دارد، ولی قطع او مطابق واقع نبوده و جهل مرکّب بوده و بعد از عقد معلوم می شود که اشتباه کرده، مثال: به خیال اینکه کتاب ملک او است به دیگری فروخت و بطور جزم گفت: بعتُ ...

حکم این صورت: حکم بیع فضولی راد ارد که منوط به اجازهٔ مالک اصلی است وگرنه از اصل باطل و فاسد نیست.]

۴ـ و گاهی عقد را بطور منجّز و بی قید و شرط انشاء می کند، ولی انشاء کننده مردّد است و نمی داند که آیا اثر شرعی و عرفی بر آن بار می شود یا نه؟

[صورت ۲ و۳ در کتاب جداگانه نیامده، ولی از کلمهٔ وان کان ... که با ان وصلیه به فرد خفی اشاره کرده حکم فرد جلّی هم دانسته می شود.]

مثال: بطور جزم و قاطعانه می گوید: بعت هذا بهذا، ولی نمی داند که آیا این مبیع مال او هست یا نه؟ یا آیا این مبیع از چیزهایی است که علاوه بر مالیّت عرفی، مالیّت شرعی دارد یا نه؟ خمر و خنزیر است یا نه؟

آیا مشتری در هنگام ایجاب بایع راضی به این ایجاب و انشاء هست یا نه؟ آیا شرایط دیگر [از عقل و بلوغ و قصد و اختیار و ملک و ...] را دارد یا نه؟ که اینها شروط صحّت عقدند و عقد بدون اینها اگرچه منعقد می شود ولی صحیح نیست و صحّت آن شرعاً یا عرفاً در گرو این امور است.

حکم این صورت: باز چون اصل انشاء تنجیزی و جزمی است عقد صحیح است و اگر پس از عقد معلوم شد که مال او بوده برای او واقع می شود و اگر مال او نبوده، فضولی خواهد بود که در بیع فضولی هم بر مبنای مشهور اصل بیع باطل

نیست، بلکه به اجازهٔ مالک بستگی دارد.

۵ـ قدمی فراتر رفته و می گوییم: گاهی عقد را بطور منجّز و جزمی انشاء می کند، در حالی که نه تنها شک در ترتّب اثرشرعی دارد، بلکه قطع به عدم دارد، یعنی معتقد است که این اثر شرعی مترتّب نخواهد شد، معذلک جزماً انشاء می کند. این صورت خود دو شعبه دارد:

۱ـ قصد تملیک از نظر عرف و عقلاء ممکن است.

مثال: می داند که کتاب ملک او نیست و بیع برای او واقع نمی شود و معذلک جزماً می گوید: بعت هذا بهذا.

حکم این شعبه: چنین بیعی حداکثر بیع فضولی است و عقد صحیح است و منوط به اجازهٔ مالک است، چون در عقد تنجیز و جزم و قصد، وجود دارد.

۲ـ قصد تملیک از نظر عرف هم ممکن نیست.

مثال: می داند که حشره قابل تملیک نیست. و معذلک می گوید: بعتک... چنین انشایی از نظر عرف هم جدّی تلّقی نمی شود و اثری بر آن بار نمی شود، چون مالیّت عرفیّ هم ندارد، و عرف در صدد تملیک جدّی آن برنمی آید.»

در نتیجه: چنین فرضی باطل است چون قصد تملیک نیست والعقود تابعة للقصود، ولی در فرض قبلی محذوری نداشت.

قوله: وقد صرّح:

بعض از محقّقین هم به مطلبی که در صورت پنجم آوردیم و دو شعبه کردیم، تصریح کرده اند، و گفته اند: اعتقاد به فساد معامله و عدم ترتّب اثر، قادح نیست، مگر موجب از بین رفتن قصد تملیک شود.[1]

۶ـ قوله: نعم:

تا به حال آنچه مطرح شد تماماً در رابطه با شروطی بود که شرعاً یا عرفاً یا نزد

---

(۱) مرحوم شیخ اسدالله تستری در مقابیس الانوار، ص۱۱۵.

هر دو، از شروط صحّت یا لزوم عقد بود و در اصل انعقاد و تحقّق حقیقت و ماهیّت عقد دخیل نبود و در یک کلام: از شروط مقدّم عقد نبود.

ولی حالا می فرماید: گاهی شرط از شروطی است که مقوّم عقد یا ایقاع بوده و بدون آن عقد وانشاء، سالبه به انتفاء موضوع می باشد، مثال: [مالیت عرفی درباب بیع، که بدون آن بیعی محقّق نمی شود و مبادلهٔ مال بمال صدق نمی کند، و این امر مقوّم عنوان بیع است.] ومانند: زوجیّت که مقوّم انشاء طلاق است و بدون زوجیّت طلاق مفهومی ندارد. ومانند: رقیّت که مقوّم انشاء عتق است و بدون آن اصلاً عتق مفهوم ندارد و سالبه به نبود موضوع است، و ...

حکم این شرط: علم به وجود آنها در انشاء معتبر است یعنی باید بدانیم که مالیّت عرفیه، زوجیّت، رقیّت و... موجود است تا انشاء جزمی بیاید و قصد طلاق و عتق و... معنا پیدا می کند. پس اگر علم به عدم آنها داشتیم یا عدم العلم بود یعنی شک در وجود و عدم آنها داشتیم، کافی نیست یعنی با شک در تحقّق زوجیّت، طلاق با جزم و قصد محقّق نمی شود، و هکذا با شک در رقیّت، و به طریق اولی با علم به عدم اینها. نسبت به اینگونه شروط است که ولو منجّزاً هم انشاء شوند، کافی نیست.

قوله: وحینئذ:

نسبت به شروط مقوّم، تکلیف روشن شد که با شک در آنها، قانوناً عقدی منعقد نمی شود و باطل است. حال از طرفی اگر احیاناً نیازمند چنین انشایی شدیم، مثلاً فردی ادّعای وکالت در تزویج زنی برای ما دارد، یا زنی مدّعی زوجیّت برای ما است، و ما منکر هستیم و مسأله محرز نیست.

در اینجا برای خلاصی از نفقه و... و برای آزادبودن زن برای ازدواج با غیر، نیاز داریم که احتیاط کرده و صیغهٔ طلاق انشاء کنیم، و از طرفی هم معتقدیم که تعلیق انشاء به اینگونه از شروط هم صحیح نیست، مثلاً حق ندارد

بگوید: ان کانت فلانة زوجتی فهی طالق و ...

اینجا است که دو راه داریم:

۱ـ در ظاهر و صورت، خودمان به صورت منجّز و بی قید و شرط، طلاق را انشاء کنیم و بگوییم: فلانة طالق، که این انشاء اگرچه در واقع و نفس الامر معلّق به زوجه بودن است ولی در ظاهر و صورت، تعلیق را نمی آوریم. و در موارد کذایی همین انشاء صوری را کافی بدانیم، چون راه دیگری نیست.

۲ـ به شخص ثالثی که از مسأله بی اطلاع است [و نمی داند که این مرد با آن زن نزاع دارند و زوجیّت مسلّم نیست، و خیال می کند که زوجهٔ این مرد است.] وکالت در انشاء طلاق دهد، و وکیل در اثر جهل به قضیّه و خیال زوجه بودن، قصد طلاق جزمی کند و کمبودی ندارد.

قوله: ولایقدح:

گویا کسی می گوید: اینکه مرد، شخص ثالثی را وکیل می کند و عقد و وکالت را با او می خواند و می گوید: انت وکیلی فی ان تطلّق زوجتی، خود این توکیل گرچه در ظاهر بطور جزم و منجّز انشاء شده ولی در واقع معلّق است و به این صورت است که: ان کانت هذه زوجتی فانت وکیل ...

یا اگر موکل مالک این فعل [طلاق، عتق و ...] است، تو وکیل او باشی، و تعلیق در عقد وکالت مبطل عقد وکالت است. پس وکیل فایده ای ندارد.

مرحوم شیخ درجواب می فرماید: این امر قادح نیست، زیرا با آمدن تعلیق خود وکالت اصطلاحی که احکامی دارد باطل می شود ولی اذن و رضایت موکّل به طلاق بدین وسیله احراز می شود و همین مقدار کافی است در انشاء طلاق جزمی. [در توکیل اصطلاحی مادامی که علم به عزل نیامده وکیل حقّ تصرّف دارد و کار حرامی نکرده ولی در اذن به مجرّد شک در آن و عدم احراز آن، حق تصرّف ندارد و احراز عدم لازم نیست.]

قوله: الاّ انّ:

ما حتّی برای شروط مقوّم هم راهی درست کردیم که عقد صحیح باشد. ولی شهید اوّل در کتاب قواعدش جزم به بطلان پیدا کرده است: وی فروع متعدّدی را آورده که در مجموع هشت فرع است:

۱ـ اگر مردی با زنی عقد نکاح را انشاء کرد ولی شک داشت که آیا این زن از محارم است تا شرعاً نکاح با او حرام باشد؟ یا از محارم نیست تا نکاحش جایز باشد. با شک مذکور انشاء تزویج کرد، و بعداً معلوم شد که: از محارم نبوده و نکاح با او حلال بوده، عقد مذکور صحیح است؟ شهید فرموده: باطل است، بدلیل اینکه: در حال عقد جزم نبوده و باید جازم و قاصد باشد. پس عدم العلم هم قادح است.

۲ـ مثال مذکور از عقود بود، شهید فرموده: در ایقاعات هم مطلب همین است. مثلاً اگر مردی زنی را طلاق خلع داد [طلاقی که کراهت از ناحیهٔ زوجه است.] ولی در حین اختلاع، شک در زوجیّت داشت، باز هم ایقاع مذکور محقّق نمی شود.

۳ـ یا مثلاً مردی زنی را طلاق داد [طلاق معمولی که کراهت از سوی مرد است.] و باز حین الطلاق شاك بود، طلاق مذکور منعقد نمی شود، چون جزم در انشاء در آن وجود ندارد. [و این همان صورتی است که ما قبلاً به دو راه تصحیح کردیم.]

۴ـ اگر نائب الامام علیه‌السلام [نائب خاص یا نائب امام یعنی فقیه جامع الشرایط] شخصی را که اهلیّت و صلاحیّتش برای قضاوت محرز نبود، با عدم علم به لیاقت، او را به قضاوت منصوب نمود، و سپس معلوم شد که قاضی اهلی بوده و عادل و ... بوده، باز هم تولیت مذکور فایده ای ندارد زیرا در حین جعل و انشاء ولایت و تولّی، جزم نبوده [آری پس از علم به اهلیّت اگر مجدّداً انشاء تولیّ کند

صحیح است.]

۵ـ اگر وارثی به گمان اینکه مورّث او زنده است، مالی از اموال او را فروخت و سپس معلوم شد که مورّث او مرده بوده، شهید فرموده: این فرض از جزم به بطلان خارج است و باطل نیست. زیرا که انشاء بیع با قصد و جزم و منجّز بوده و کمبودی ندارد.

و تنها خصوصیّت بایع [بقول مرحود شهیدی: الصواب المالک بدل البایع لانه الذی لم یعلم خصوصیته هل هو الوارث او المورّث لاالبایع لأنّ خصوصیته معلومة و انّه الوارث سواء کان البیع عن المورّث فضولاً او عن نفسه بر جاء موت المورّث او عدواناً او علی الغفلة[1]]

معلوم نیست، که اینهم لطمه ای نمی زند، [حداکثر آنست که: اگر بعداً معلوم شد که مورّث زنده بود، بیع فضولی می شود که در آن قصد و جزم محفوظ است واگر مرده بود، بیع برای خود وارث است و هیچ کمبودی ندارد.] البته در همین فرع امکان دارد که کسی قائل به بطلان شود و بگوید: این بیع باطل است. زیرا که: وارث قصد نقل ملک خودش را نداشته، و قصد نقل مال مورّث را داشته. [فما قصد لم یقع وماوقع لم یقصد] و عقد هم تابع قصد است پس باطل است.

۶ـ اگر به گمان اینکه پدر زنده است، کنیز او را به شخص ثالث تزویج کرد، سپس معلوم شد که پدر مرده بود، باز شهید فرموده: این فرع هم از بطلان عقد خارج است و حکم به صحت می شود. زیرا که صیغهٔ نکاح جزماً انشاء شده و از دو حال خارج نیست: یا پدر زنده بوده، نکاح فضولی است و منوط به اجازهٔ مالک است. و یا مرده بوده که جزماً امهٔ خود را تزویج کرده و کمبودی ندارد.[2]

[البته نظیر و ان قیل ... در فرع قبلی در اینجا هم می آید.]

---

(۱)هدایة الطالب، ص۲۰۲.

(۲)القواعد والفوائد، ج۲، ص۲۳۸.

قوله: والظاهر:

این فراز اشکالی است به شهید: ایشان مثال طلاق را با دو طرف آن یعنی مثال قبل «تزویج زنی که شک در محرمیّت او دارد» و مثال بعد «تولیت قاضی» از یک وادی دانسته و در هر سه فتوی به بطلان دادند، به خاطر نبود جزم در انشاء، ولی به نظر ما دو مثال دو طرف با خود مثال طلاق فرق دارد.

و آن اینکه: در مثال طلاق، جزم به آن ممکن نیست. چون زوجیّت مقوّم طلاق است و باید احراز شود و با شکّ در آن نمی توان جزماً گفت: زوجتی طالق، ولی در دو مثال دیگر جزم در حال انشاء ممکن است. زیرا در مثال زوجیّت، از اصل عدم محرمیّت ومانع نکاح استفاده کرده و عدم را احراز می کنیم و جزماً انشاء عقد می کنیم.

و در مثال تولیت، اصل عدم فسق قاضی یا اصل عدم مانع از قضاوت جاری کرده و با استصحاب، عدم را احراز می کنیم و جزماً انشاء تولیت می کنیم، و در یک کلام: محرم نبودن زوجه، عدالت قاضی و... از شروط مقوم نیست بلکه از شروط صحت است و شرعاً باید چنین باشد وگرنه عرفاً بدون این شرط هم انشاء ممکن است و قصد متمشّی است و لذا جزم و قصد هست و علی القاعده باید صحیح باشند.

قوله: فافهم:

اشاره به وجه الفرق میان مثال طلاق و دو مثال دیگر، و امکان یا عدم امکان جزم است، که بیان شد.

۷ـ شهید در جای دیگر دو فرع دیگر را افزوده اند:

فرع اوّل: اگر مردی در حضور دو خنثی که به اعتقادش چنین بودند، همسرش را طلاق داد، سپس معلوم شد که آندو دو مرد هستند، در اینجا اگر جاهل به حکم بود و نمی دانست که باید طلاق با حضور دو مرد باشد و

خیال می کرد دو خنثی هم کافی است. طلاقش صحیح است زیرا در واقع که دو مرد بوده و شرط شرعی وجود دارد، در ظاهر هم مطلّق چون جاهل بوده جزماً انشاء طلاق کرده پس مقتضی موجود و مانع مفقود است.

ولی اگر عالم بوده که باید در حضور دو مرد باشد معذلک در نزد دو خنثی انشاء کرده حکم به صحت مشکل است چون قصد طلاق صحیح و واقعی و جامع الشرایط را ندارد.

۸ـ اگر در حضور دو نفر که به گمان او فاسق بودند زوجه اش را طلاق داد، سپس معلوم شد که آندو عادل اند، همان تفصیل میان جاهل و عالم که در فرع قبلی بود در اینجا نیز مطرح است.[۱]

نتیجهٔ نهایی: در عقود و ایقاعات باید انشاء بطور منجّز باشد و اگر معلّق شد، باطل می گردد. و دلیل مطلب اجماع بود.

---

(۱) آدرس قبلی.

(۴)
(تطابق میان ایجاب و قبول)

قوله: و من جملة:

شرط چهارم از شروط عقد، عبارتست از: تطابق هماهنگی و انسجام میان ایجاب و قبول، یعنی همان را که موجب انشاء کرده قابل قبول کند، با همان شرائطی که موجب انشاء می کند، قابل بپذیرد.

بیان مطلب: گاهی موجب و قابل در اصل عنوان معامله اختلاف دارند مثلاً موجب می گوید: بعتک هذا... و قابل می گوید: قبلته صلحاً یا هبةً یا اجارةً و...، در این قسم بلااشکال تطابق نیست و باطل است.

و گاهی طرفین در معنون و معنا صددرصد اتّحاد دارند ولی در عنوان و لفظ معامله اختلاف دارند، مثلاً موجب می گوید: انکحتُ... و قابل می گوید: قبلتُ التزویج، که عنوان نکاح و زوجیّت دو اسم اند ولی حقیقت آندو یکی است. این قسم هم علی المشهور صحیح است.

و گاهی طرفین من جمیع الجهات هماهنگی دارند هم از حیث عنوان اصل معامله و هم عنوان عقد و هم مضمون عقد و هم جهات دیگر، مثلاً موجب می گوید: بعتک هذا الفرش بمأة دینار، و قابل هم با همین خصوصیات می گوید: اشتریت و... مصداق اکمل تطابق همین صورت است، و قطعاً عقد

صحیح است.

ولی گاهی متعاقدین در اصل عنوان معامله اتّحاد دارند، هر دو بیع را اراده کرده اند، ولی در مضمون و مفاد عقد با یکدیگر اختلاف دارند، یعنی بایع بر وجه خاصّی انشاء بیع می کند، و مشتری بر وجه دیگر قبول می کند، و منظور از وجه خاص یا خصوصیت عبارتست از: خصوصیت از حیث مشتری، مثلاً بایع می گوید: من این شیئ را به شما فروختم، مخاطب می گوید: من این شیئ را برای زید خریدم،

و خصوصیّت از حیث مثمن: بایع می گوید: این فرش را به تو فروختم.

مشتری می گوید: من این کتاب را خریدم ...،

و خصوصیّت از حیث ثمن: بایع می گوید: این شیئ را به هزار درهم فروختم.

مشتری می گوید: به صد دینار خریدم.

و خصوصیّت از حیث توابع عقد یعنی شروط ضمن العقدی:

بایع می گوید: این را به شما فروختم با شرط خیاطت جامه.

مشتری می گوید: خریدم بدون این شرط.

حال در تمام این موارد، عقد منعقد نمی شود، زیرا تطابق نیست.

قوله: و وجه:

دلیل اشتراط تطابق، واضح است و از قضایایی است که قیاساتها معها زیرا که بدون تطابق عنوان بیع و معاهده و معاقده صدق نمی کند، و اطلاقات بیع و تجارت و عقود و ... آن را شامل نمی شود.

و ریشهٔ تطابق هم در اشتراط قبول نهفته است زیرا که در عقود قبول معتبر است و قبول عبارتست از رضا به ایجاب [قبول بالمعنی الاعم] و واضح است که تا تطابق نباشد، عنوان رضا به ایجاب هم صدق نمی کند.

قوله: فحینئذٍ:

متفرع برِ شرط مذکور، فروعی را ذیلاً می آوریم:

۱ـ اگر بایع به مشتری بگوید: این کتاب را به موکّل شما فروختم، و مشتری بگوید: این کتاب را برای خودم خریدم، یا برای خود قبول بیع کردم، عقد باطل است و منعقد نمی شود، چون تطابق نیست.

۲ـ امّا اگربایع بگوید: این کتاب را به موکّل شما فروختم، خطاب به وکیل است نه به موکّل، ولی موکّل غیر مخاطب در جواب بایع بگوید: قبلت یا اشتریت، صحیح است. زیرا هدف اصلی بیع به موکّل بوده و ید الوکیل ولسانه ید الموکل ولسانه، ولذا تطابق هست.

۳ـ و نیز اگر بایع خطاب به زید بگوید: این کتاب را به شما فروختم، و زید مخاطب به وکیلش بگوید: تو از طرف من قبول کن، و او قبلت را بگوید: صحیح است زیرا لسان وکیل لسان موّکل است. و تطابق موجود است.

۴ـ اگر بایع بگوید: کلّ این عبد را به صد دینار «مثلاً» فروختم، و مشتری بگوید: من نصف این عبد را به نصف آن ثمن یا نصف عبد را به تمام آن ثمن خریدم، باز عقد منعقد نمی شود، چرا که تطابق و هماهنگی نیست، زیرا بایع بر کلّ عبد انشاء بیع کرده و مشتری بر نصف عبد، قبول بیع می کند. [خصوصیت از حیث مثمن]

۵ـ اگر بایع بگوید: این عبد را به صد درهم فروختم، مشتری بگوید: به ده دینار خریدم، باز عقد منعقد نمی شود، چون تطابق از حیث ثمن نیست، [اگرچه در بازار ده دینار وصد درهم از حیث ارزش برابر باشند.]

۶ـ اگر فروشنده خطاب به دو نفر بگوید: این عبد را به شما دو نفر به هزار درهم فروختم، چنانچه هر دو همزمان بگویند: اشترینا بکذا صحیح است.

ولی اگر یکی از آندو بگوید: نصف عبد را به نصف ثمن خریدم، منعقد

نمی شود چون تطابق نیست.

و اگر بدنبال او دیگری هم بگوید: من هم نصف دیگر را به نصف ثمن خریدم، یا همزمان هر کدام نصف را به زبان بیاورند، بعید نیست که جایز باشد، زیرا تطابق هست و واقع هم همین است چه اشترینا بالف بگویند و چه هر کدام اشتریت بالنصف بگویند. [وجه تعبیر به لایبعد، آنست که: احتمال عدم جواز هم وجود دارد، زیرا که تطابق لفظی و صوری وجود ندارد.

۷ـ اگر فروشنده خطاب به مشتری بگوید: این عبد را به صد درهم فروختم، و مشتری بگوید: هر یک از دو نصف مشاع آن را به پنجاه درهم خریدم، باز بعید نیست که جایزباشد، چون در واقع تطابق هست.

ولی فیه اشکال: وجه اشکال: از طرفی مبیع مجموع من حیث المجموع است پس باید قبول هم روی مجموع بیاید تا تطابق باشد و اینجا روی نصف ها آمده پس تطابق نیست. و از طرفی هم چون در واقع همین طور است و هر نصفی را به نصف ثمن مالک است. پس تطابق واقعی هست. و جایز است.

(۵)
«استمرار قابلیّت»

قوله: ومن جملة:

آخرین شرط از شروط عقد، عبارتست از اینکه: هر یک از موجب و قابل، از آغاز ایجاب تا پایان قبول، واجد همهٔ شروط صحّت [از ناحیهٔ متعاقدین] باشند، و قابلیّت انشاء را دارا باشند، و هر کدام بر وصف و حالی باشند که انشائشان نافذ ومؤثّر باشد. و یا ایجاب و قبولشان در حالی باشد که هر کدام بتوانند انشاء مربوط به خود را انجام دهند، متفرّع بر این شرط:

اگر موجب در هنگام انشاء ایجاب جامع الشرایط نباشد، یا پس از ایجاب فاقد شرایط گردد، و یا مشتری قبل از انشاء قبول یا قبل از اتمام آن فاقد شرط گردد، عقد منعقد نخواهد شد.

دلیل مطلب: در فرازهای بعدی خواهد آمد، و اجمال قضیه اینست که باید عنوان معاقده و معاهده و الزام و التزام مؤثّر طرفینی، صدق کند و با فقد شرط و خروج از قابلیّت، این عناوین صدق نمی کند، و بدون آنها عقد هم صدق نمی کند. صور مطلب: قابلیّتی که معتبر شد هم باید از لحاظ عقلی محفوظ باشد و هم از حیث عرف و شرع.

بنابراین چهار فرض پیدا می شود:

۱ـ هر یک از متعاقدین از آغاز تا انجام عقد، واجد جمیع شرایط بوده و قابلیّت عقلی و عرفی و شرعی را دارا باشند، قدر متیقّن از صحّت عقد و فرد اکمل آن همین صورت است.

۲ـ متعاقدین قابلیّت انشاء کامل و تامّ را نداشته باشند، آنهم نه عقلاً و نه عرفاً و نه شرعاً، و اصولاً بگونه ای ودر وضع و حالی واقع شده اند که تخاطب و گفتگو با آنها معقول نیست. مثال:

پس از ایجاب موجب و قبل از قبول قابل، موجب مُرد، و مرده قابل خطاب و الزام والتزام نیست. یا در اثناء عقد یکی از طرفین به حال اغماء فرورفت یا خوابید و... که در هر حال عقلاً قابل انشاء و خطاب نیست.

حکم این صورت: پرواضح است که: عقد منعقد نمی شود، زیرا عنوان معاهده و معاقده صدق نمی کند.

قوله: وامّا صحة:

اگر کسی مطلب مذکور را به باب وصیّت نقض کند و بگوید: در باب وصیّت تملیکی، موصی له می تواند پس از موت موصی قبول وصیّت کند. حال شما که گفتید: با مرگ موجب عقد منعقد نمی شود ... پس باب وصیّت را چه می گویید؟

جواب: حقیقت وصیّت همان ایصاء و وصیت کردن است که کار موصی است و در هنگام انشاء وصیّت، شرایط و قابلیّت وجود داشته، و پس از آن بقاء لازم نیست، به عبارت دیگر: وصیّت در حقیقت از ایقاعات است و یکطرف بیشتر ندارد [ایجاب] وقبول جزء رکنی آن نیست [یعنی عقد نیست] بلکه از آنجا که مالک شدن مال مورد وصیّت، اختیاری و منوط به طیب نفس موصی له است، شرطش قبول است. و لذا در هنگام وصیت کردن که شرایط بوده و با آمدن ایصاء هم که انشاء کامل شده و نقصی ندارد. پس باب وصیّت مادّه نقضی بر مطلب ما نیست.

قوله: ولذا:

شاهد رکن نبودن قبول در وصیت، آنست که: اگر رکن بود و قبل از آن موصی له می مرد، وصیت باطل بود، در حالی که فقهاء فرموده اند، وصیّت باطل نمی شود، و وارث موصی له جانشین او می شود.

قوله: ولو ردّ:

شاهد دیگر: اگر قبول جزء رکنی بود، با ردّ موصی له باید عقد باطل می شد، در حالی که صد بار هم که ردّکند باز تا موصی مرد، حقّ قبول دارد.

۳و۴ـ قوله: و ان کان:

متعاقدین ولو عقلاً قابلیّت انشاء را دارند، ولی عرفاً و شرعاً قابل نیستند، و یا عرفاً هم باشد امّا شرعاً قابلیّت ندارند [که دو صورت شد.] باز عقد صحیح شرعی منعقد نمی شود. برای هر قسم مثال می زنیم:

امّا قسم سوّم یعنی عرفاً و شرعاً قابل نباشند: بچّه ای که معاملات خطیر را انجام می دهد، عرف و شرع او را قابل ندانسته ورضایت او را معتبر نمی دانند. یا سفیهی که معامله ای انجام می دهد، باز عرف و شرع برای رضایت او ارزش قائل نیست، و هکذا مجنون و ...

و امّا قسم چهارم: یعنی شرعاً قابل نباشد: اشخاصی که به نحوی شرعاً از تصرّف در اموال خود محجور شده اند مانند مفلسّ [کسی که دین مستغرق دارد و ورشکست شده و اموال او به اندازهٔ بدهیهایش نیست.] و سفیه [که عقل معیشت ندارد و کاهی را به کوهی معامله می کند.] و رقّ [کافر حربی که آزاد بود و ایجاب عقد را انشاء کرد ولی بلافاصله قبل از قبول قابل توسّط رزمندگان اسلام استرقاق شد و به رقیّت درآمد.] و مرض موت [که اگر در مریضی ای که با آن از دنیا رفت، تمام اموالش را به شخصی هبه کرد یا وقف نمود، یا برای کسی وصیّت کرد و ... باز شرعاً تا ثلث عبارت اونافذ است و نسبت به مازاد حقّی ندارد و منوط

به اذن وارث است.]

در تمام این موارد شرعاً قابلیّت انشاء وجود ندارد. و عقد منعقد نمی شود.

قوله: والاصل:

یعنی کاشف مطلب و راه علم به مطلب مذکور، این فرع است که: اگر موجب پس از ایجاب و قبل از قبول، ایجاب خود را فسخ کرد، حکم اینست که: ایجاب قبلی لغو می شود. [و این هیچ دلیلی ندارد مگر اینکه: رضای موجب از اوّل تا آخر باید موجود باشد، والاّ نباید فسخ او مبطل باشد.]

حال در مثالهای مذکور هم چون رضایت یا نیست و یا اگر هست اثر ندارد، لذا عقد منعقد نمی شود.

قوله: ثم انهم:

ما گفتیم: رضایت طرفینی از آغاز تا انجام عقد لازم است حال به این مطلب اشکالی می شود و آن باب بیع مکره است که فقهاء فرموده اند: اگر کسی مکره شد و بدون رضایت باطن و طیب نفس ایجاب بیع کرد و بعد هم تا اتمام قبول قابل راضی نبود، و پس از مدّتی که اکراه رفع شد اگر راضی شد، همین رضایت لاحق کفایت می کند.

حال اینجا را چه می گویید؟ مرحوم شیخ در جواب می فرمایند: قانوناً باید رضایت طرفین از اوّل تا آخر باشد، و مورد مذکور به دلیل خاص خارج شده و دلیل خاص اجماع است. پس خلاف اصل بوده و به قدر متیقن اکتفا می شود.

در پایان، فهرست شروط صیغهٔ عقد را بیان می کنیم.

۱ـ صراحت ایجاب و قبول [یعنی دلالت وضعیهٔ لفظیه]

۲ـ عربیّت

۳ـ ماضویّت

۴ـ ترتیب

۵ـ موالات

۶ـ تنجیز

۷ـ تطابق

۸ـ قابلیت

تا اینجا شروط صحت بیع از حیث عقد یا ایجاب و قبول تمام شد.

(فرع)
(اختلاف متعاقدین)

بطور کلّی متعاقدین یا هر دو مجتهدند و یا هر دو مقلّدند، و یا یکی مقلّد ودیگری مجتهد است. ودر هر یک از سه صورت یا در شرایط صیغهٔ عقد اتّفاق نظر دارند [مثلاً هر دو معتقدند که باید عقد به عربی باشد، ماضی باشد، ترتیب و ...] و یا در شرایط صیغه اختلاف دارند [یکی از طرفین از روی اجتهاد یا تقلید، عربیّت را شرط می داند و دیگری شرط نمی داند و عقد فارسی را هم تجویز می کند و ...]

آنجا که طرفین اتّفاق نظر داشته باشند، حکم روشن است. و آن اینکه: باید عقد را با شروطی که قبول دارند انشاء کنند وگرنه به عقیدهٔ خودش، عقد او باطل بوده و اثر نخواهد داشت.

و امّا آنجا که اختلاف دارند، آیا هر کدام می تواند به رأی و اعتقاد و مقتضای مذهب خویش عمل کند، و در مقام انشاء بدان اکتفا کند؟ یا حق ندارند هر کدام به سلیقهٔ خود انشاء نمایند بلکه باید به مشترکات و فرد متیقن و قدر جامع که هر دو قبول دارند، انشاء نمایند؟ سه نظریّه مطرح است:

۱ـ جواز اکتفا مطلقا: یعنی هر کدام مجازند که به مقتضای مذهب خویش

عمل کنند. [مثلاً موجب ایجاب را به عربی انشاء کند، چون معتقد است که عربیّت شرط است. ولی قابل چون عربیّت را شرط نمی داند، قبولش را به فارسی انشاء کند. و ...] و مطلقاً در قبال تفصیلی است که خواهد آمد.

۲ـ عدم جواز اکتفا مطلقا: یعنی هیچ یک حق ندارند به مقتضای مذهب و رأی خویش عمل کرده و طبق سلیقه انشاء عقد نمایند، بلکه باید بگونه ای انشاء کنند که طرفین قبول دارند. [مثلاً هر دو به عربی انشاء کنند، ترتیب را مراعات کنند و ...] و باز مطلقاً در قبال تفصیل بعدی است.

۳ـ اگر چنانچه عمل کردن هر یک به رأی خود و انشاء عقد مطابق سلیقهٔ خود منجرّ شود به عقدی که احدی از فقهاء بدان قائل نشده، حقّ ندارند به چنین عقدی اکتفا کنند ولی اگر منجرّ به اینجاها نشود و فی الجمله قائل داشته باشد اکتفا به رأی بلامانع است. مثال:

یک عدّه از فقهاء عربیّت را شرط می دانند ولی ترتیب را شرط نمی دانند. و عدّهٔ دیگر، ترتیب را شرط می دانند ولی عربیّت را شرط نمی دانند.

حال اگر در عقدی عربیّت باشد و ترتیب نباشد، چون قائل دارد، کفایت می کند. و نیز اگر ترتیب باشد ولی عربیّت نباشد، باز قائل دارد و اکتفا به آن جایز است. و امّا اگر عقدی باشد که نه عربیّت در آن مراعات شده و نه ترتیب، خیر، قائل ندارد و اکتفا به آن صحیح نیست.

مرحوم شیخ می فرماید: از وجوه ثلاثه، وجه ثالث یا قول به تفصیل، پست ترین وجه است. [زیرا هیچ مبنای درستی ندارد، برخلاف دو وجه دیگر، مضافاً به اینکه: صرف اینکه عقد منتهی می شود به چیزی که قائل ندارد، کافی نیست. باید ثابت شود که مخالف اجماع است.

و به قول سیّد در حاشیه: اقول: و ذلک لانّ مجردّ عدم القائل لایکفی بل لابدّ من کونه مخالفاً للاجماع ولیس کذلک لانّ عدم القائل به انّما هو من باب

الاتفاق لامن جهة بنائهم علی عدم صحته[1]]

قوله: والا ولأنّ:

برای تبیین مبنا و اساس دو وجه اوّل سه نکته را از باب مقدّمه می آوریم:

نکتهٔ اول: در مبحث اجزاء از علم اصول خواندیم که: حکم شرعی دو گونه است:

۱ـ حکم واقعی: حکمی که تابع مصالح و مفاسد واقعیّه است و بر این اساس جعل و تشریع شده و میان عالم و جاهل مشترك است.

۲ـ حکم ظاهری: حکمی که در حقّ جاهل به واقع جعل شده است و در موضوع آن جهل به واقع اخذ شده، مانند احکامی که مؤدّیات امارات و مفاد اصول عملیّه هستند و خود حکم واقعی دو شعبه دارد که به لحاظ دو حالت مختلف مکلّف جعل می شوند:

۱ـ حکم واقعی اوّلی و اختیاری: حکمی که مربوط به حالت اوّلی و اصلی و حال اختیار مکلّف است که نوعاً مکلّف در این حال به سر می برد. مثل نماز با طهارت مائیّه و... .

۲ـ حکم واقعی ثانوی و اضطراری: حکمی که مربوط به حالت اضطرار مکلّف است که یک حالت ثانوی و عارضی و استثنایی است و به ندرت برای مکلّف پیش می آید. مثل نماز با تیمّم برای فاقد ماء، انشاء عقد با اشارهٔ اخرس و... .

نکتهٔ دوّم: در باب امارات در رابطه با جمع بین حکم واقعی و حکم ظاهری، عدّه‌ای طرفدار سببیّت و موضوعیّت شده و برآنند که قیام اماره بر حکمی از احکام سبب می شود که در مؤدّای اماره مصلحتی حادث شود که به اندازهٔ مصلحت واقع یا پیش از آن باشد و بر طبق آن حکم مماثل یا مضّاد با واقع

(۱) حاشیة السّید علی المکاسب، ص۹۲.

جعل شود. این گروه در واقع مصوّبه هستند و تصویب سه شعبه دارد:

۱ـ تصویب اشعری

۲ـ تصویب معتزلی

۳ـ مصلحت سلوکیّه شیخ انصاری که مبسوطاً در شرح اصول فقه ج۲ مبحث اجزاء و در شرح رسائل اوائل مبحث ظنّ آورده ام. و در مقابل مشهور امامیّه طرفدار طریقیّت هستند و اماره را صرفاً طریق به سوی واقع می دانند و خود اینها دو گروهند:

۱ـ عده ای برآنند که: مفاد ادلّهٔ حجیّت امارات اینست که: بر طبق مؤدّای اماره یک حکم ظاهری مماثل یا مضادّ جعل می شود ولی صرفاً یک حکم طریقی است و ناشی از مصلحتی در متعلّق نیست.

۲ـ عدّه ای از قبیل مرحوم آخوند در کفایه برآنند که: مفاد ادلّهٔ حجیّت اماره عبارتست از: جعل حجّیت، وخود حجیّت که حکم وضعی است مستقیماً و مستقلّاً قابل جعل است و نوبت به انتزاع آن از حکم تکلیفی نمی رسد. [برخلاف شیخ اعظم] و معنای حجیّت هم مجرّد منجزیّت و معذریّت است یعنی اگر اماره مصیب و مصادف واقع بود، واقع را در حقّ ما منجّز می کند، و اگر مخالف واقع و مخطئی بود، عذر و بهانه ای می شود و جلو عقاب را می گیرد. وگرنه برطبق مؤدّای آن هیچ حکمی جعل نمی شود.

نکتهٔ سوّم: بحثی است که آیا حکم ظاهری در حقّ فردی به منزلهٔ حکم واقعی در حق دیگری است؟ و نافذ است؟ و دیگری می تواند آثار واقع را بر آن مترتّب کند؟ یا خیر؟ مثلاً ید امارهٔ ملکیت است. و در ظاهر برای ذی الید ملکیّت درست می شود، حال آیا دیگری می تواند این حکم ظاهری را به منزلهٔ واقعی دانسته و مثل اینکه یقین به مالکیّت ذی الید دارد، با او معامله کند و ...؟ یا خیر؟ این نیز بحثی است در جای خود.

با حفظ این نکات می گوییم: حکمی که مجتهد با اجتهادش یا مقلد با تقلیدش بدان ملتزم می شود یک حکم ظاهری است. آنگاه مجتهد یا مقلّدی بر آن است که عقد به فارسی هم جایز است. این جواز عقد به فارسی در حق او حکم ظاهری است. حال آیا حکم ظاهری در حقّ این مجتهد یا مقلّد، به منزلهٔ حکم واقعی اضطراری است [قید اضطراری برای آن است که: وی روی اعتقادش کأنّ خود را مضطّر به انشاء به غیر عربی می داند.] و دیگری می تواند به آن ترتیب اثر دهد؟

[فی المثل ایجاب فارسی مجتهدی که آن را قبول دارد، نزد دیگری که آن را قبول ندارد، به منزلهٔ اخرس باشد که حکم واقعی اضطراری است، یا به منزلهٔ ایجاب عاجز از عربیّت باشد که واقعی اضطراری است، و مثل نماز شخص متیمّم است که واقعی اضطراری است. و کسی که واجد الماء است می تواند به آن ترتیب اثر دهد، و ...]

اگر حکم ظاهری به منزلهٔ حکم واقعی باشد، نتیجه آنست که: وجه اوّل صحیح است. و هر کدام می توانند به معتقد خود اکتفا کنند.

یا اینکه این حکم ظاهری اجتهادی یا تقلیدی صرفاً یک احکام عذریّه است؟ یعنی در واقع اصلاً حکم نیست و صرفاً عذر و بهانه ای است برای انسان معذور، [مبنای حق همین است.] اگر این باشد فقط مجتهد یا مقلدی که آن را باور دارد معذور است و اگر عقدش را به فارسی مثلاً انشاء کرد، مؤاخذه ای ندارد. ولی مجتهد یا مقلّد دیگر معذور نیست و نمی تواند بدان اکتفا کند.

نتیجهٔ این فرض آنست که: هیچکدام حق ندارد به سلیقهٔ دیگری اکتفا کند. و چنین عقدی جایز نیست.

قوله: والمسأله:

در ضمن سه نکته جایگاه اصولی این مبحث مشخّص شد.

قوله: هذا کلّه:

در فرض اختلاف متعاقدین و بطلان عقد به عقیدهٔ بعضی از آنها دو صورت متصوّر است:

۱ـ به عقیدهٔ شخص، انشاء او ایرادی ندارد، و کار او خراب نیست، و اگر ایرادی هست مربوط به فعل طرف دیگر عقد است، و کار او خراب است، و منشأ بطلان است. مثال: موجب صراحت را در الفاظ عقد معتبر می داند و از الفاظ صریح استفاده می کند، پس ایجاب او نقصی و خللی ندارد. ولی قابل چنین شرطی را قایل نیست و استفاده از مجازات و کنایات با تکیه بر قرائن مقامیّه را هم صحیح می داند و در انشاء قبول از کنایات استفاده می کند. در اینجا به عقیدهٔ موجب انشاء قابل باطل است، و همین امر سبب بطلان عقد می گردد.

یا مثلاً موجب عربیّت را شرط نمی داند و ایجاب را طبق عقیدهٔ خویش به فارسی انشاء می کند، ولی قابل عربیّت را شرط می داند و قبول را به عربی انشاء می کند. در اینجا هم به عقیدهٔ قابل از ناحیهٔ او اشکالی نیست و کار او درست است، ولی کار بایع صحیح نیست و منشأ بطلان هم همان است.

و هکذا در مثل ماضویّت و ترتیب و...

۲ـ به عقیدهٔ یکی از دو طرف، نه تنها کار طرف دیگر خراب است، بلکه خرابی و اشکال کار او به کار دیگری هم سرایت کرده و موجب خرابی آن می شود، و اختلاف سلیقهٔ طرفین سبب فساد و بطلان مجموع عقد می گردد.

مثلاً موجب تنجیز را شرط نمی داند و تعلیق را هم جایز می داند و لذا ایجاب را بطور معلّق انشاء می کند و می گوید: ان جاء زید فقد بعتک ... ولی قابل تنجیز را شرط می داند و معتقد است که ایجاب بایع باطل است. و این بطلان به قبول او هم سرایت کرده آن را باطل می کند زیرا قبول هم رضا به همان ایجاب است هر طوری که انشاء شده تا تطابق باشد. پس قبول هم رضا به ایجاب معلّق است. و

این باطل است.

یا مثلاً موجب بقاء بر قابلیّت انشاء را تا آخر عقد شرط نمی داند و لذا تا ایجاب را انشاء کرد، از آنجا رفت، یا خوابید، یا خود رابیهوش کرد و ... ولی قابل این شرط را قبول دارد و به نظر او کار موجب و رأی او صحیح نیست ولی به رأی خود او هم سرایت می کند و قبول او هم باطل می شود چون شرط مذکور را ندارد.

یا مثلاً به عقیدهٔ موجب موالات شرط است و ایجاب را انشاء کرد، ولی به عقیدهٔ قابل موالات شرط نیست و لذا رعایت نکرد و پس از مدّتی انشاء قبول کرد، در اینجا نه تنها به عقیدهٔ موجب، قبول قابل ایراد دارد بلکه سرایت می کند به ایجاب موجب و کار او را هم خراب می کند، و لذا باید بلافاصله دنبال قبول، ایجاب را اعاده کند تا موالات حفظ شود حال اینکه در فرع مورد بحث وجوه و اقوالی مطرح شد، تماماً مربوط به صورت اوّل بود که بطلان مربوط به فعل دیگری باشد...

و امّا در بخش دوّم که بطلان کار یکی به دیگری هم سرایت می کند، وجهی برای وجوه و اقوال نیست. بلکه بطور قطع و جزم باید حکم به بطلان عقد کرد.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: موالات هم مثل ترتیب از قسم اوّل است، زیرا که موجب که ایجاب را انشاء کرد کارش درست است و قابل که بلافاصله قبول را انشاء نمی کند، کارش ایراد دارد و منشأ بطلان باز هم فعل دیگری است نه فعل موجب.

پایان ج(۴)

فهرست مطالب

زندگینامه شیخ انصاری (ره)

کتاب البیع

معاطات